



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour suprême  
du Canada**

---

**Part 1, 2017 Vol. 2**

**1<sup>er</sup> cahier, 2017 Vol. 2**

Cited as [2017] 2 S.C.R. 3-288

Renvoi [2017] 2 R.C.S. 3-288

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.  
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
BARBARA KINCAID

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	Legal Counsel / Conseillers juridiques ANDRÉ GOLDENBERG	JACQUELINE STENCEL
JANICE CHENEY	LEE ANN GORMAN	LESLI TAKAHASHI
HARLEY D'AOÛT	KAREN LEVASSEUR	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	STÉPHANIE MORIN	RENÉE THÉRIALT
ANNE DES ORMEAUX	JOANNE NORMAN	RENÉE MARIA TREMBLAY
GENEVIÈVE DOMEY	IDA SMITH	ANNA TURINOV

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

DAVID AUBRY	Jurilinguists / Jurilinguistes MARIE-CHRISTIANE BOUCHER	MARIE RODRIGUE
STEPHEN BALOGH	JULIE BOULANGER	CLAIRE VALLÉE
	AUDRA POIRIER	

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
PETER O'DOHERTY

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques MINA CONNELLY	LAUREN KOSHURBA
AUDREY-ANNE BERGERON		LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0J1 together with the old address.*

*Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.*



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour suprême  
du Canada**

**Volume 2, 2017**

**2<sup>e</sup> volume, 2017**

## CONTENTS

### **Quebec (Attorney General) v. Guérin ..... 3**

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Arbitration — Statutory provision stating that dispute resulting from interpretation and application of agreement entered into under Health Insurance Act to be submitted to council of arbitration — Arbitrator dismissing dispute submitted by medical specialist — Standard of review applicable to arbitrator's decision that there is no arbitrable dispute and that specialist did not have standing — Whether dispute raises true question of jurisdiction in relation to arbitrator — Health Insurance Act, CQLR, c. A-29, ss. 19, 54.

Health law — Health insurance — Medical specialists — Specialized collective bargaining scheme — Arbitration — Nature of dispute — Standing — Agreement providing for recognition and designation of medical imaging laboratories that are eligible to receive digitization fee — Medical specialist contesting refusal to declare certain laboratories eligible for fee — Whether specialist's proceeding is arbitrable dispute — Whether specialist has standing to submit dispute — Health Insurance Act, CQLR, c. A-29, ss. 19, 54.

### **Uniprix inc. v. Gestion Gosselin et Bérubé inc. .... 59**

Contracts — Interpretation — Intention of parties — Contract of affiliation — Term and renewal procedure — Contract clause stipulating that contract renewable at discretion of only one party — Validity of contract whose effects could be perpetual — Whether trial judge erred in finding that renewal clause was clear and that it faithfully represented parties' common intention of granting one of parties unilateral option to renew contract every five years, which other party would be unable to oppose — Whether possibility of contract of affiliation having perpetual effect is unlawful in Quebec civil law on basis that it is contrary to Civil Code of Québec or to public order — Civil Code of Québec, arts. 1425, 1512.

### **India v. Badesha ..... 127**

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Surrender order — Judicial review — Minister of Justice ordering surrender of Canadian citizens for extradition — Whether it was reasonable for Minister to conclude that there was no substantial risk of torture or mistreatment that would offend principles of fundamental justice or that surrenders would not

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Québec (Procureure générale) c. Guérin ..... 3**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Arbitrage — Disposition législative prévoyant qu'un différend qui résulte de l'interprétation et de l'application d'une entente conclue aux fins de l'application de la Loi sur l'assurance maladie est soumis à un conseil d'arbitrage — Arbitre rejetant le différend soumis par un médecin spécialiste — Quelle est la norme de contrôle applicable à la décision de l'arbitre concluant à l'absence de différend arbitrable et d'intérêt pour agir? — Le différend soulève-t-il une question touchant véritablement à la compétence de l'arbitre? — Loi sur l'assurance maladie, RLRQ, c. A-29, art. 19, 54.

Droit de la santé — Assurance maladie — Médecins spécialistes — Régime spécialisé de négociation collective — Arbitrage — Nature du différend — Intérêt pour agir — Entente prévoyant la reconnaissance et la désignation des laboratoires d'imagerie médicale admissibles au versement d'un honoraire de numérisation — Médecin spécialiste contestant le refus de déclarer certains laboratoires admissibles au versement de l'honoraire — Le recours formé par le médecin est-il un différend arbitrable? — Le médecin a-t-il l'intérêt requis pour le former? — Loi sur l'assurance maladie, RLRQ, c. A-29, art. 19, 54.

### **Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc. .... 59**

Contrats — Interprétation — Intention des parties — Contrat d'affiliation — Durée et modalités de renouvellement — Clause du contrat prévoyant son renouvellement à la discrétion d'une seule partie — Validité d'un contrat aux effets potentiellement perpétuels — Le juge de première instance a-t-il erré en concluant que la clause de renouvellement est claire et qu'elle représente fidèlement l'intention commune des parties d'octroyer à l'une d'elles la faculté unilatérale de le renouveler à tous les cinq ans, sans que l'autre partie ne puisse s'y opposer? — L'effet potentiellement perpétuel du contrat d'affiliation est-il illégal en droit civil québécois, car contraire au Code civil du Québec ou à l'ordre public? — Code civil du Québec, art. 1425, 1512.

### **Inde c. Badesha ..... 127**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Arrêté d'extradition — Contrôle judiciaire — Extradition de deux citoyens canadiens ordonnée par le ministre de la Justice — Était-il raisonnable de la part du ministre de conclure qu'il n'y avait pas de risque sérieux de torture ou de mauvais traitements qui contreviendrait aux principes de justice fondamentale ou

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

otherwise be unjust or oppressive — Contextual factors in assessing reliability of diplomatic assurances — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1)(a).

### **R. v. Durham Regional Crime Stoppers Inc. .... 157**

Criminal law — Evidence — Informer privilege — Anonymous informer — Whether informer privilege applies to anonymous tip made to Crime Stoppers by caller with intention of interfering with administration of justice — Procedure for court to follow when Crown challenges claim of informer privilege over anonymous tip made to Crime Stoppers.

### **Canada (Attorney General) v. Thouin ..... 184**

Civil procedure — Evidence — Immunity — Class action against oil companies and retailers who had been subjects of investigation by Competition Bureau — Motion for permission to examine chief investigator from Competition Bureau and for order requiring Attorney General of Canada to disclose evidence obtained in investigation — Objection based on Crown immunity — Whether chief investigator may be required to submit to discovery under Quebec rules of civil procedure in proceedings in which neither Crown nor chief investigator is party — Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 27 — Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17.

Crown law — Prerogatives — Immunity — Civil procedure — Obligation to provide discovery — Whether Parliament has lifted common law Crown immunity from discovery and, if so, to what extent — Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 27 — Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17.

### **Canada (Attorney General) v. Fontaine ..... 205**

Civil procedure — Class proceedings — Settlement — Administration — Settlement agreement resolved class actions by Aboriginal persons who attended residential schools — Agreement provided for Independent Assessment Process for serious claims of abuse — Two parties to settlement agreement requested directions from supervising judge as to post-decision disposition of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

que les extraditions ne seraient par ailleurs ni injustes ni tyranniques? — Facteurs contextuels à examiner pour apprécier la fiabilité des assurances diplomatiques — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, c. 18, art. 44(1)a).

### **R. c. Durham Regional Crime Stoppers Inc. .... 157**

Droit criminel — Preuve — Privilège de l'indicateur de police — Dénonciateur anonyme — Le privilège de l'indicateur de police s'applique-t-il à une dénonciation anonyme faite à Échec au crime par une personne qui téléphone avec l'intention d'entraver l'administration de la justice? — Quelle procédure les tribunaux doivent-ils adopter lorsque le ministère public conteste la revendication du privilège de l'indicateur de police relativement à une dénonciation anonyme faite auprès d'Échec au crime?

### **Canada (Procureur général) c. Thouin ..... 184**

Procédure civile — Preuve — Immunité — Recours collectif contre des pétrolières et détaillants ayant fait l'objet d'une enquête menée par le Bureau de la concurrence — Requête sollicitant l'autorisation d'interroger l'enquêteur-chef du Bureau de la concurrence ainsi qu'une ordonnance enjoignant au procureur général du Canada de communiquer des éléments de preuve obtenus dans le cadre de l'enquête — Objection fondée sur l'immunité de l'État — L'enquêteur-chef peut-il être contraint à un interrogatoire préalable en vertu des règles de procédure civile québécoises lorsque ni l'État ni l'enquêteur-chef ne sont parties au litige concerné? — Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, c. C-50, art. 27 — Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 17.

Droit de la Couronne — Prerogatives — Immunité — Procédure civile — Assujettissement à un interrogatoire préalable — L'immunité de l'État en matière d'interrogatoire préalable reconnue par la common law a-t-elle été écartée par le législateur fédéral et, le cas échéant, dans quelle mesure? — Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, c. C-50, art. 27 — Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 17.

### **Canada (Procureur général) c. Fontaine ..... 205**

Procédure civile — Recours collectifs — Règlement — Administration — Recours collectifs intentés par des Autochtones ayant fréquenté des pensionnats réglés par une convention de règlement — Convention prévoyant un Processus d'évaluation indépendant pour les allégations graves d'abus — Demande faite à un juge surveillant par deux parties à la convention de règlement pour

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

records generated by Independent Assessment Process — Whether records are court records or government records subject to federal privacy, access to information, and archiving legislation — Whether supervising judge erred in concluding that settlement agreement allowed for destruction of records — Whether supervising judge's order that records must be destroyed following 15-year retention period was appropriate.

### **Montréal (City) v. Dorval ..... 250**

Prescription — Civil liability — Municipalities — Bodily injury — Indirect victim — Victim murdered by her former spouse after having reported death threats she had received from him to police of municipality — Members of victim's family bringing action in damages on their own behalf against municipality for negligence because of failure of its police to act — Whether family members' action is "based on obligation to make reparation for bodily injury caused to another" within meaning of art. 2930 of Civil Code of Québec — Whether members of victim's family may avail themselves of three-year general law prescriptive period provided for in Code — Civil Code of Québec, arts. 2925, 2930.

Municipal law — Civil liability — Prescription — Bodily injury — Indirect victim — Victim murdered by her former spouse after having reported death threats she had received from him to police of municipality — Members of victim's family bringing action in damages on their own behalf against municipality for negligence because of failure of its police to act — Motion to dismiss arguing that action was prescribed on ground that family members had not suffered "bodily injury" within meaning of art. 2930 of Civil Code of Québec — Whether three-year general law prescriptive period provided for in Code prevails over six-month period provided for in Cities and Towns Act — Civil Code of Québec, arts. 2925, 2930 — Cities and Towns Act, CQLR, c. C-19, s. 586.

### **R. v. Bourgeois ..... 287**

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Accused convicted of sexual assault — Court of Appeal finding that appellate intervention not warranted — Verdict not unreasonable — Conviction upheld.

## SOMMAIRE (Fin)

que celui-ci donne des directives sur le sort final des documents issus du Processus d'évaluation indépendant une fois qu'une décision a été rendue — Ces documents constituent-ils des documents judiciaires ou des documents fédéraux soumis aux lois fédérales en matière de protection des renseignements personnels, d'accès à l'information et d'archivage? — Le juge surveillant a-t-il commis une erreur en concluant que la convention de règlement autorisait la destruction de ceux-ci? — L'ordonnance du juge surveillant suivant laquelle ces documents doivent être détruits à l'expiration d'une période de conservation de 15 ans était-elle appropriée?

### **Montréal (Ville) c. Dorval ..... 250**

Prescription — Responsabilité civile — Municipalités — Préjudice corporel — Victime par ricochet — Victime assassinée par son ex-conjoint après avoir rapporté les menaces de mort proférées par ce dernier à son endroit aux services de police de la municipalité — Action en dommages-intérêts entreprise par des parents de la victime en leurs noms personnels pour négligence contre la municipalité en raison de l'inaction de ses services de police — L'action des parents est-elle « fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui » au sens de l'art. 2930 du Code civil du Québec? — Les parents de la victime peuvent-ils se prévaloir de la prescription de droit commun de trois ans prévue au Code? — Code civil du Québec, art. 2925, 2930.

Droit municipal — Responsabilité civile — Prescription — Préjudice corporel — Victime par ricochet — Victime assassinée par son ex-conjoint après avoir rapporté les menaces de mort proférées par ce dernier à son endroit aux services de police de la municipalité — Action en dommages-intérêts entreprise par des parents de la victime en leurs noms personnels pour négligence contre la municipalité en raison de l'inaction de ses services de police — Requête en irrecevabilité opposant la prescription du recours au motif que les parents n'ont pas subi de « préjudice corporel » au sens de l'art. 2930 du Code civil du Québec — La prescription de droit commun de trois ans prévue au Code a-t-elle préséance sur celle de six mois prévue à la Loi sur les cités et villes? — Code civil du Québec, art. 2925, 2930 — Loi sur les cités et villes, RLRQ, c. C-19, art. 586.

### **R. c. Bourgeois ..... 287**

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Conclusion de la Cour d'appel portant que son intervention n'était pas requise — Verdict jugé non déraisonnable — Déclaration de culpabilité confirmée.

**Attorney General of Quebec** *Appellant*

v.

**Ronald Guérin** *Respondent*

and

**Conseil d'arbitrage,  
Fédération des médecins spécialistes  
du Québec and Régie de l'assurance  
maladie du Québec** *Interveners*

**INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)  
v. GUÉRIN**

**2017 SCC 42**

File No.: 36775.

2017: January 11; 2017: July 27.

Present: McLachlin C.J. and Karakatsanis, Wagner,  
Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC**

*Administrative law — Judicial review — Standard of review — Arbitration — Statutory provision stating that dispute resulting from interpretation and application of agreement entered into under Health Insurance Act to be submitted to council of arbitration — Arbitrator dismissing dispute submitted by medical specialist — Standard of review applicable to arbitrator's decision that there is no arbitrable dispute and that specialist did not have standing — Whether dispute raises true question of jurisdiction in relation to arbitrator — Health Insurance Act, CQLR, c. A-29, ss. 19, 54.*

*Health law — Health insurance — Medical specialists — Specialized collective bargaining scheme — Arbitration — Nature of dispute — Standing — Agreement providing for recognition and designation of medical imaging laboratories that are eligible to receive digitization fee — Medical specialist contesting refusal to declare certain laboratories eligible for fee — Whether specialist's proceeding is arbitrable dispute — Whether specialist has standing to submit dispute — Health Insurance Act, CQLR, c. A-29, ss. 19, 54.*

**Procureure générale du Québec** *Appelante*

c.

**Ronald Guérin** *Intimé*

et

**Conseil d'arbitrage,  
Fédération des médecins spécialistes  
du Québec et Régie de l'assurance  
maladie du Québec** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (PROCUREURE GÉNÉRALE)  
c. GUÉRIN**

**2017 CSC 42**

N° du greffe : 36775.

2017 : 11 janvier; 2017 : 27 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Arbitrage — Disposition législative prévoyant qu'un différend qui résulte de l'interprétation et de l'application d'une entente conclue aux fins de l'application de la Loi sur l'assurance maladie est soumis à un conseil d'arbitrage — Arbitre rejetant le différend soumis par un médecin spécialiste — Quelle est la norme de contrôle applicable à la décision de l'arbitre concluant à l'absence de différend arbitrable et d'intérêt pour agir? — Le différend soulève-t-il une question touchant véritablement à la compétence de l'arbitre? — Loi sur l'assurance maladie, RLRQ, c. A-29, art. 19, 54.*

*Droit de la santé — Assurance maladie — Médecins spécialistes — Régime spécialisé de négociation collective — Arbitrage — Nature du différend — Intérêt pour agir — Entente prévoyant la reconnaissance et la désignation des laboratoires d'imagerie médicale admissibles au versement d'un honoraire de numérisation — Médecin spécialiste contestant le refus de déclarer certains laboratoires admissibles au versement de l'honoraire — Le recours formé par le médecin est-il un différend arbitrable? — Le médecin a-t-il l'intérêt requis pour le former? — Loi sur l'assurance maladie, RLRQ, c. A-29, art. 19, 54.*



The *Health Insurance Act* (“Act”) provides that the remuneration and working conditions of health care professionals are to be established by way of a collective bargaining mechanism that resulted, in this case, in the *Accord-cadre entre le ministre de la Santé et des Services sociaux et la Fédération des médecins spécialistes du Québec aux fins de l’application de la Loi sur l’assurance maladie* (“Framework Agreement”). The Fédération and the Ministère de la Santé et des Services sociaux (collectively, “negotiating parties”) created a digitization fee to encourage radiologists to modernize their equipment. This fee is reserved for laboratories that the negotiating parties jointly recognize and designate, following a procedure and applying criteria they themselves have provided for in the Protocole concernant la radiologie diagnostique (“Protocol”), one of the schedules to the Framework Agreement. Section 54 of the Act provides that a “dispute resulting from the interpretation or application of [the Framework Agreement] is submitted to a council of arbitration, to the exclusion of any court of civil jurisdiction”. A distinction is made in the Framework Agreement between a “dispute with respect to fees” raised by a physician and a “collective dispute” raised by the Fédération.

G, a radiologist who is a member of the Fédération, applied to the negotiating parties for a declaration that certain clinics were eligible for the digitization fee. His application was denied. G contested that decision by submitting a dispute to the council of arbitration. The arbitrator, who was appointed to perform the functions of the council of arbitration on his own, found that he lacked jurisdiction to grant G the declaration being sought and that, at any rate, G did not have standing to submit the dispute. The motion judge granted G’s motion for judicial review, finding that the arbitrator’s decision was unreasonable. The majority of the Court of Appeal upheld the motion judge’s decision.

*Held* (Côté J. dissenting): The appeal should be allowed and the award of the council of arbitration restored.

*Per* McLachlin C.J. and Karakatsanis, Wagner and Gascon J.J.: The arbitrator’s conclusions were reasonable. The reasonableness standard necessarily applies, because the arbitrator was called upon to interpret and apply his enabling statute, the Framework Agreement and the Protocol, which are at the core of his mandate and expertise. The issues in this case do not raise a true question of jurisdiction in relation to the council of arbitration. On the one hand, it is well established that the reasonableness standard applies where an arbitrator must determine, by

La *Loi sur l’assurance maladie* (« Loi ») prévoit que la rémunération et les conditions de travail des professionnels de la santé sont établies par un mécanisme de négociation collective qui a abouti, en l’occurrence, à l’*Accord-cadre entre le ministre de la Santé et des Services sociaux et la Fédération des médecins spécialistes du Québec aux fins de l’application de la Loi sur l’assurance maladie* (« Accord-cadre »). La Fédération et le Ministère (collectivement, « parties négociantes ») ont créé un honoraire de numérisation afin d’encourager les radiologistes à moderniser leurs équipements. Cet honoraire est réservé aux laboratoires qui sont reconnus et désignés conjointement par les parties négociantes, selon le mécanisme et les critères qu’elles ont prévus dans le Protocole concernant la radiologie diagnostique (« Protocole »), l’une des annexes de l’Accord-cadre. L’article 54 de la Loi dispose qu’un « différend qui résulte de l’interprétation ou de l’application [de l’Accord-cadre] est soumis à un conseil d’arbitrage, exclusivement à tout tribunal de juridiction civile ». L’Accord-cadre distingue le « différend en contestation d’honoraires », formé par un médecin, du « différend collectif » formé par la Fédération.

G, un radiologiste membre de la Fédération, demande aux parties négociantes de déclarer certaines cliniques admissibles à l’honoraire de numérisation. Sa demande est rejetée. G conteste cette décision en déposant un différend auprès du conseil d’arbitrage. L’arbitre, mandaté pour exercer seul les fonctions du conseil d’arbitrage, estime qu’il n’a pas la compétence requise pour accorder à G la déclaration recherchée et que ce dernier n’a de toute façon pas l’intérêt requis pour soumettre le différend. La juge de première instance accueille la requête en révision judiciaire de G, estimant que la décision de l’arbitre est déraisonnable. La majorité de la Cour d’appel confirme la décision de la juge de première instance.

*Arrêt* (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est accueilli et la sentence du conseil d’arbitrage est rétablie.

La juge en chef McLachlin et les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon : Les conclusions de l’arbitre étaient raisonnables. La norme de la décision raisonnable s’impose puisque l’arbitre était appelé à interpréter et à appliquer sa loi constitutive, l’Accord-cadre et le Protocole, lesquels sont au cœur de son mandat et de son expertise. Les questions en litige ne touchent pas véritablement à la compétence du conseil d’arbitrage. D’une part, il est bien établi que la norme de la décision raisonnable s’applique lorsqu’un arbitre doit déterminer, sur la base de

interpreting and applying his or her enabling legislation and related documents, whether a matter is arbitrable. Applying the reasonableness standard to such a question undermines neither the rule of law nor the other constitutional bases of judicial review. In contrast, the effect of applying the correctness standard would be to undermine the presumption in favour of the reasonableness standard that has been consistently recognized and endorsed by the Court in numerous cases. On the other hand, the question of G's standing, too, relates to the arbitrator's interpretation of his enabling legislation and of the Framework Agreement and does not cast doubt on his authority to make the inquiry submitted to him. Finally, the rule of law does not require the application of the correctness standard here. The fact that a question might give rise to conflicting interpretations does not on its own support a conclusion that that standard applies.

The arbitrator's decision that the application did not raise an arbitrable dispute is reasonable. The determination of whether the dispute is arbitrable cannot be limited to s. 54 of the Act and must take the relevant terms of the Protocol into account. According to the arbitrator's interpretation of the Protocol, the negotiating parties had reserved for themselves the authority to decide whether to recognize a laboratory, and had in so doing excluded that decision from the arbitration process. But the subject matter of G's proceeding was a declaration recognizing the laboratories for the period at issue in the application, as he was asking the arbitrator to rule on that question in place of the negotiating parties. It was reasonable for the arbitrator to conclude that if he were to rule on the dispute, the effect would be to alter the negotiated content of the Protocol by stripping the negotiating parties of their exclusive discretion under the Protocol.

It was also reasonable for the arbitrator to conclude that G did not have standing because, under the Framework Agreement and the Act, only the Fédération can submit such a dispute to a council of arbitration. The Act gives the Fédération a monopoly of representation in respect of its members both for the negotiation and for the application of the Framework Agreement except in the case of a dispute with respect to fees, and this case did not involve such a dispute. Section 54 does not entitle G to have recourse directly to arbitration. The main purpose of this section is to establish the exclusive nature of the tribunal's jurisdiction, not to define standing or determine who may submit a dispute. The context of the Act as a whole also confirms this interpretation. The statutory provisions that set out specific situations in which a health professional may have recourse to arbitration

l'interprétation et de l'application de sa loi constitutive et de documents connexes, si un recours peut faire l'objet d'un arbitrage. Appliquer la norme de la décision raisonnable à cette question ne mine ni la primauté du droit ni les autres fondements constitutionnels du contrôle judiciaire. Au contraire, appliquer la norme de la décision correcte saperait la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable reconnue et consacrée par une jurisprudence abondante et constante de la Cour. D'autre part, la question de l'intérêt pour agir de G relève elle aussi de l'interprétation par l'arbitre de sa loi habilitante et de l'Accord-cadre et ne remet pas en cause sa faculté de connaître de la question qui lui est soumise. Enfin, la primauté du droit ne requiert pas d'appliquer ici la norme de la décision correcte. Le fait qu'une question puisse donner lieu à des interprétations contradictoires ne permet pas, à lui seul, de conclure à l'application de cette norme.

La décision de l'arbitre suivant laquelle il ne s'agissait pas d'un différend arbitrable est raisonnable. L'analyse du caractère arbitrable du différend ne peut se limiter à l'art. 54 de la Loi et doit tenir compte des termes pertinents du Protocole. Selon l'interprétation du Protocole adoptée par l'arbitre, les parties négociantes se sont réservées la décision de reconnaître ou non un laboratoire et l'ont par le fait même soustraite au processus d'arbitrage. Or, l'objet du recours de G était de déclarer les laboratoires reconnus pour la période visée par la demande, invitant l'arbitre à statuer sur cette question en lieu et place des parties négociantes. Il était raisonnable pour l'arbitre de conclure que trancher le litige aurait eu pour effet de modifier le contenu négocié du Protocole en privant les parties négociantes de la discrétion que ce dernier leur octroie exclusivement.

Il était également raisonnable pour l'arbitre de conclure que G n'avait pas l'intérêt requis pour agir puisque, en vertu de l'Accord-cadre et de la Loi, seule la Fédération peut faire trancher ce type de différend par le conseil d'arbitrage. La Loi confère à la Fédération un monopole de représentation de ses membres tant pour la négociation que pour l'application de l'Accord-cadre, sauf s'il s'agit d'un différend en contestation d'honoraires, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. L'article 54 ne permet pas à G d'avoir recours à l'arbitrage directement. Cet article a pour principal objectif de définir la compétence exclusive du tribunal, et non de délimiter l'intérêt pour agir ou de déterminer l'identité de ceux qui peuvent former un différend. Le contexte global de la Loi confirme aussi cette interprétation. Les dispositions législatives prévoyant les situations spécifiques dans lesquelles un professionnel de

would serve no useful purpose if s. 54 nonetheless entitled him or her to submit every possible type of dispute. Such an interpretation would also result in an untenable increase in numbers of arbitration cases. Thousands of medical specialists and other health professionals, as well as health institutions and even third parties such as contractors or patients, could have recourse to arbitration. It is impossible to imagine that to have been the legislature's intention as regards the purpose and scope of s. 54.

A physician who feels aggrieved has a remedy in the general law of civil liability. If G can establish that the Fédération's conduct involved bad faith, discrimination, arbitrary conduct or serious negligence, he will be entitled to bring an action against it in court and to be compensated for the resulting harm.

*Per Brown and Rowe JJ.:* The issue of the arbitrator's capacity to hear G's matter raised a question of jurisdiction, not of arbitrability, reviewable on the standard of correctness. The mere fact that a question of jurisdiction has not been discerned since *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, or that the jurisprudence on such questions has been inconsistent, does not mean that they have ceased to exist. In this case, the arbitrator saw his capacity to hear G's matter as a question of jurisdiction, as did the courts below. While an issue is not arbitrable before a tribunal that has no jurisdiction to hear it, arbitrability is distinct from jurisdiction and standing. Mischaracterizing questions of jurisdiction as questions of arbitrability risks undermining the coherence of the analytical structure in administrative law. The arbitrator erred in concluding that he did not have jurisdiction to hear the matter. Section 54 of the Act gives the council of arbitration exclusive jurisdiction to hear "dispute[s] resulting from the interpretation or application of an agreement". A dispute concerning how the agreement between the Fédération and the Minister operated with respect to G's facility was such a dispute.

While the arbitrator's decision on the question of G's standing is reviewable for reasonableness and was reasonable, questions of standing can be jurisdictional. A court determining the standard of review to be applied to an administrative tribunal's decision on a question of standing must examine the text of the statutory grant of power. Standing can be a jurisdictional question where a tribunal is confined by the terms of its grant to hear

la santé peut avoir recours au mécanisme d'arbitrage n'auraient aucun effet utile si l'art. 54 lui permettait de toute façon de soulever tout différend, quel qu'il soit. Une telle interprétation entraînerait également un accroissement intenable du recours à l'arbitrage. Les milliers de médecins spécialistes et autres professionnels de la santé ainsi que des établissements de santé, voire des tiers comme des entrepreneurs ou des patients, pourraient y avoir recours. L'on ne peut concevoir que telle ait été l'intention du législateur quant au but et à la portée de l'art. 54.

Le médecin qui s'estime lésé conserve un recours en droit commun de la responsabilité civile. Si G est en mesure d'établir que la Fédération a fait preuve de mauvaise foi, de discrimination, d'un comportement arbitraire ou de négligence grave, il peut intenter un recours contre elle devant les tribunaux de droit commun et être indemnisé du préjudice ainsi causé.

*Les juges Brown et Rowe :* La question du pouvoir de l'arbitre d'entendre la contestation de G en est une de compétence, non d'arbitrabilité, et elle emporte l'application de la norme de la décision correcte en cas de contrôle judiciaire. Le seul fait qu'aucune question de compétence n'a été relevée depuis *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, ou que la jurisprudence en la matière est contradictoire, ne signifie pas que ce genre de question a cessé d'exister. Dans la présente affaire, l'arbitre a considéré que son pouvoir de connaître de la contestation de G soulevait une question de compétence, ce dont ont convenu les juridictions inférieures. Une question n'est certes pas arbitrable devant un tribunal administratif dépourvu du pouvoir de statuer sur elle, mais il faut distinguer l'arbitrabilité de la compétence et de l'intérêt pour agir. Tenir à tort une question de compétence pour une question d'arbitrabilité risque de miner la cohérence du cadre analytique propre au droit administratif. L'arbitre a eu tort de conclure qu'il n'avait pas compétence pour entendre l'affaire. L'article 54 de la Loi investit le conseil d'arbitrage du pouvoir exclusif d'entendre tout « différend qui résulte de l'interprétation ou de l'application d'une entente ». Un différend sur l'application à l'établissement de G de l'entente liant la Fédération et le Ministre constituait un tel différend.

Même si la décision de l'arbitre sur l'intérêt pour agir de G était susceptible de contrôle selon la norme de la raisonabilité et qu'elle était raisonnable, une question d'intérêt pour agir peut constituer une question de compétence. La cour de justice appelée à déterminer la norme de contrôle applicable à la décision d'un tribunal administratif sur l'intérêt pour agir doit examiner le libellé de la disposition habilitante. L'intérêt pour agir peut soulever une

only from a certain class of persons. In this case, the passive text of s. 54, the statutory grant of power, indicates that the jurisdiction of councils of arbitration is not confined to hearing matters brought from certain classes of persons. Furthermore, there is no floodgate concern that would militate against granting standing. The more persons who are placed in the difficult position in which G finds himself, the more compelling the basis for allowing him and others to have their disputes heard by an impartial decision-maker.

*Per Côté J. (dissenting):* The determination of whether it was open to the arbitrator to hear the case raises a true question of jurisdiction, to which the standard of correctness applies, and the arbitrator erred in concluding that he did not have jurisdiction to hear G's dispute.

The arbitrator also erred in concluding that G did not have standing. This question is one of jurisdiction, because the arbitrator cannot hear any dispute submitted by a medical specialist, except one with respect to fees. Even if the reasonableness standard is applied, the arbitrator's decision is not defensible in respect either of the facts or of the law. The arbitrator's conclusion is unreasonable insofar as it is based on a mischaracterization of the nature of the dispute and a misinterpretation of s. 54 of the Act.

In this case, the arbitrator concluded that the subject matter of G's proceeding was a declaration recognizing the laboratories for the period at issue in the application and that G was asking that the rules negotiated by the parties to the Framework Agreement be modified. But that is a mischaracterization of the nature of the dispute that completely disregards the notice of dispute that instituted the proceeding. On the contrary, G's challenge was related to how the Fédération and the Régie de l'assurance maladie du Québec had interpreted and applied the conditions for recognition.

Section 54 of the Act is drafted in broad, clear language. The arbitrator interpreted it narrowly on the basis of the language of the Framework Agreement, thereby disregarding the fundamental principle of the hierarchy of rules, according to which the scope of the Framework Agreement must depend on that of the Act, not the reverse. Moreover, the right provided for in s. 54 of the Act must be construed broadly and liberally. When the negotiating parties decide on and designate general radiology laboratories for

question de compétence lorsque le libellé de la disposition qui confère le pouvoir permet seulement au tribunal administratif de se saisir des plaintes d'une catégorie de personnes donnée. En l'espèce, la forme passive employée dans le texte de l'art. 54, la disposition habilitante, indique que le pouvoir d'un conseil d'arbitrage ne se limite pas à entendre les différends soumis par une catégorie de personnes en particulier. Qui plus est, nulle crainte d'un accroissement insoutenable du recours à l'arbitrage ne milite contre la reconnaissance de l'intérêt pour agir. Plus il y a de personnes dans la situation difficile où se trouve G, plus il est impérieux de permettre que les différends de G et de ces personnes soient soumis à un décideur impartial.

*La juge Côté (dissidente) :* La question de savoir si l'arbitre pouvait entendre l'affaire soulève une question véritable de compétence assujettie à la norme de la décision correcte et l'arbitre a erré en concluant qu'il n'avait pas la compétence requise pour entendre le différend logé par G.

L'arbitre a également erré en concluant que G n'avait pas l'intérêt pour agir. Cette question en est une de compétence puisque l'arbitre ne peut entendre un différend logé par un médecin spécialiste, sauf s'il s'agit d'un différend relatif à une contestation d'honoraires. Même en appliquant la norme de contrôle de la décision raisonnable, la décision de l'arbitre ne se justifie ni au regard des faits ni au regard du droit. La conclusion de l'arbitre est déraisonnable dans la mesure où elle se fonde sur une caractérisation erronée de la nature du différend et sur une interprétation erronée de l'art. 54 de la Loi.

En l'espèce, l'arbitre a conclu que l'objet du recours de G était de déclarer les laboratoires reconnus pour la période visée par la demande et que ce dernier a demandé que soient modifiées les règles que les parties à l'Accord-cadre ont négociées. Or, il s'agit là d'une qualification erronée de la nature du litige qui fait complètement fi de l'avis de différend qui l'instituait. Au contraire, c'est l'interprétation et l'application des conditions de reconnaissance par la Fédération et la Régie de l'assurance maladie du Québec qui étaient contestées par G.

L'article 54 de la Loi est rédigé en des termes larges et clairs. L'arbitre a interprété celui-ci restrictivement en se basant sur les termes de l'Accord-cadre, ainsi faisant fi du principe fondamental de la hiérarchie des normes selon lequel c'est la portée de l'Accord-cadre qui doit dépendre de la Loi et non l'inverse. De plus, le droit prévu à l'art. 54 de la Loi doit recevoir une interprétation large et libérale. Lorsque les parties négociantes déterminent et désignent les laboratoires de radiologie générale aux fins

the purposes of the digitization fee, they are interpreting and applying the agreement within the meaning of s. 54. A dispute submitted to the arbitrator thus results from a difference of opinion between the medical specialists and the negotiating parties. The Fédération's monopoly of representation does not extend that far. Principles of Quebec labour law, such as that of the monopoly of representation granted to a union, should not be imported into the collective bargaining scheme provided for in the Act unless the Act expressly provides for this.

Lastly, the courts would not have been an appropriate forum for G, as his allegations correspond to none of the types of conduct on the basis of which he might bring an action against the Fédération.

### Cases Cited

By Wagner and Gascon JJ.

**Considered:** *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309; *Pères v. Québec (Commission de la fonction publique)*, 2000 CanLII 18759; **referred to:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 SCC 8, [2016] 1 S.C.R. 29; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 SCC 45, [2015] 3 S.C.R. 219; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Canon Canada Inc. v. Sylvestre*, 2012 QCCS 1422; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Ontario Refrigeration and Air Conditioning Contractors Assn. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada Local 787*, 2016 ONCA 460, 131 O.R. (3d) 665, leave to appeal refused, No. 37179, March 10,

de l'application de l'honoraire de numérisation, elles interprètent et appliquent l'entente au sens de l'art. 54. Le différend soumis à l'arbitre résulte alors d'une différence d'opinions entre les médecins spécialistes et les parties négociantes. Le monopole représentatif détenu par la Fédération ne s'étend pas jusque-là. Les principes du droit du travail québécois, tel que celui du monopole de représentation accordé à un syndicat, ne devraient pas être importés dans le régime de négociation collective prévu par la Loi sans que celui-ci ne le spécifie expressément.

Enfin, les tribunaux de droit commun n'auraient pas été un forum approprié pour G puisque ses allégations ne correspondent à aucun des types de conduites qui peuvent servir de fondement au recours contre la Fédération.

### Jurisprudence

Citée par les juges Wagner et Gascon

**Arrêts examinés :** *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309; *Pères c. Québec (Commission de la fonction publique)*, 2000 CanLII 18759; **arrêts mentionnés :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 CSC 45, [2015] 3 R.C.S. 219; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Canon Canada Inc. c. Sylvestre*, 2012 QCCS 1422; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Ontario Refrigeration and Air Conditioning Contractors Assn. c. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada Local 787*, 2016 ONCA 460, 131 O.R. (3d)

2017, [2017] Bull. S.C.C. 431; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 47, [2015] 3 S.C.R. 300; *Canadian Merchant Service Guild v. Teamsters, Local Union 847*, 2012 FCA 210, 433 N.R. 200; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 SCC 39, [2001] 2 S.C.R. 207; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Syndicat des techniciens et techniciennes du cinéma et vidéo du Québec v. Mancone*, [2002] R.J.Q. 2905; *Centre hospitalier Régina Ltée v. Labour Court*, [1990] 1 S.C.R. 1330.

By Brown and Rowe JJ.

**Applied:** *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309; **considered:** *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; **referred to:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

By Côté J. (dissenting)

*Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61; *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 SCC 39, [2001] 2 S.C.R. 207.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the Régie de l'assurance maladie du Québec*, CQLR, c. R-5, s. 2.

*Health Insurance Act*, CQLR, c. A-29, ss. 19, 21, 22.0.1, 22.2, 54, 104.1.

*Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, s. 41.

*Labour Code*, CQLR, c. C-27, ss. 47.5, 69.

*Public Service Act*, CQLR, c. F-3.1.1.

665, autorisation d'appel refusée, n° 37179, 10 mars 2017, [2017] Bull. C.S.C. 431; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Wilson c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 47, [2015] 3 R.C.S. 300; *Canadian Merchant Service Guild c. Teamsters, Local Union 847*, 2012 CAF 210, 433 N.R. 200; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Syndicat des techniciens et techniciennes du cinéma et vidéo du Québec c. Mancone*, [2002] R.J.Q. 2905; *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, [1990] 1 R.C.S. 1330.

Citée par les juges Brown et Rowe

**Arrêt appliqué :** *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309; **arrêt examiné :** *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; **arrêt mentionné :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

Citée par le juge Côté (dissidente)

*Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207.

#### Lois et règlements cités

*Code du travail*, RLRQ, c. C-27, art. 47.5, 69.

*Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 41.

*Loi sur l'assurance maladie*, RLRQ, c. A-29, art. 19, 21, 22.0.1, 22.2, 54, 104.1.

*Loi sur la fonction publique*, RLRQ, c. F-3.1.1.

*Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*, RLRQ, c. R-5, art. 2.

**Authors Cited**

- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated April 2017, release 1).
- Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2010.
- Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle éd. Paris: Le Robert, 2012, “différend”.
- Reid, Hubert, avec la collaboration de Simon Reid. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010, “différend”.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Savard and Schrager J.J.A.), 2015 QCCA 1726, [2015] AZ-51223767, [2015] J.Q. n° 10976 (QL), 2015 CarswellQue 9920 (WL Can.), affirming a decision of Grenier J., 2013 QCCS 6950, [2013] AZ-51046703, [2013] J.Q. n° 19116 (QL), 2013 CarswellQue 14437 (WL Can.), allowing the application for judicial review of a decision of the council of arbitration, n° 12-DS-499, January 29, 2013. Appeal allowed, Côté J. dissenting.

*Patrice Claude and Isabelle Brunet*, for the appellant.

*René Piotte, Stéphanie Lalande and Pierre-Alexandre Boucher* for the respondent.

*Francis Meloche and Sylvain Bellavance*, for the interveners Fédération des médecins spécialistes du Québec.

No one appeared for the interveners Conseil d’arbitrage and Régie de l’assurance maladie du Québec.

**Doctrine et autres documents cités**

- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated April 2017, release 1).
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2009.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
- Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010.
- Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle éd., Paris, Le Robert, 2012, « différend ».
- Reid, Hubert, avec la collaboration de Simon Reid. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, « différend ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Savard et Schrager), 2015 QCCA 1726, [2015] AZ-51223767, [2015] J.Q. n° 10976 (QL), 2015 CarswellQue 9920 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Grenier, 2013 QCCS 6950, [2013] AZ-51046703, [2013] J.Q. n° 19116 (QL), 2013 CarswellQue 14437 (WL Can.), accueillant la requête en révision judiciaire d’une décision du conseil d’arbitrage, n° 12-DS-499, 29 janvier 2013. Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente.

*Patrice Claude et Isabelle Brunet*, pour l’appelante.

*René Piotte, Stéphanie Lalande et Pierre-Alexandre Boucher*, pour l’intimé.

*Francis Meloche et Sylvain Bellavance*, pour l’intervenante la Fédération des médecins spécialistes du Québec.

Personne n’a comparu pour les intervenants le Conseil d’arbitrage et la Régie de l’assurance maladie du Québec.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. delivered by

WAGNER AND GASCON JJ. —

## I. Overview

[1] This appeal concerns the reasonableness of an arbitration award made in the context of a specialized collective bargaining scheme, namely the scheme for medical specialists and the government of Quebec under the *Health Insurance Act*, CQLR, c. A-29 (“Act”). More specifically, the award dealt with the very concept of a dispute and with standing to submit such a dispute to a council of arbitration under the Act and the *Accord-cadre entre le ministre de la Santé et des Services sociaux et la Fédération des médecins spécialistes du Québec aux fins de l’application de la Loi sur l’assurance maladie* (“Framework Agreement”).

[2] The Protocole concernant la radiologie diagnostique (“Protocol”) is one of a large number of schedules that were negotiated under the Framework Agreement. It sets out the conditions for payment of a digitization fee, as well as what a medical imaging laboratory must do, and what criteria it must satisfy, to become eligible for that fee. The respondent, Dr. Ronald Guérin, is a radiologist. He wishes to contest by way of arbitration a joint decision of the Ministère de la Santé et des Services sociaux (“Ministère”) and the Fédération des médecins spécialistes du Québec (“Fédération”) (collectively, “negotiating parties”) to refuse to declare that the laboratories he represents are eligible to receive that fee for the years 2009 through 2011.

[3] The council of arbitration decided that Dr. Guérin’s objection could not give rise to an arbitrable dispute under the Act and the Framework Agreement and that, in any event, only the Fédération would have had standing to submit such a dispute. Further to a motion for judicial review, the Superior Court and the majority of the Court of Appeal both found that the council’s decision was unreasonable, concluding that it was open to

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Karakatsanis, Wagner et Gascon a été rendu par

LES JUGES WAGNER ET GASCON —

## I. Aperçu

[1] Ce pourvoi traite du caractère raisonnable d’une sentence arbitrale rendue dans le cadre d’un régime spécialisé de négociation collective, en l’occurrence le régime instauré par la *Loi sur l’assurance maladie*, RLRQ, c. A-29 (« Loi »), entre les médecins spécialistes et le gouvernement du Québec. Plus particulièrement, la sentence porte sur la notion même de différend et sur l’intérêt requis pour soumettre un tel différend à un conseil d’arbitrage en vertu de la Loi et de l’*Accord-cadre entre le ministre de la Santé et des Services sociaux et la Fédération des médecins spécialistes du Québec aux fins de l’application de la Loi sur l’assurance maladie* (« Accord-cadre »).

[2] Le Protocole concernant la radiologie diagnostique (« Protocole ») est l’une des nombreuses annexes négociées aux termes de l’Accord-cadre. Il prévoit les modalités de paiement d’un honoraire de numérisation, ainsi que le mécanisme et les critères permettant à un laboratoire d’imagerie médicale de devenir admissible à cet honoraire. L’intimé, le Dr Ronald Guérin, est médecin radiologiste. Il veut contester en arbitrage la décision conjointe du Ministère de la Santé et des Services sociaux (« Ministère ») et de la Fédération des médecins spécialistes du Québec (« Fédération ») (collectivement, « parties négociantes ») de refuser de déclarer les laboratoires qu’il représente admissibles au versement de cet honoraire de 2009 à 2011.

[3] Le conseil d’arbitrage a jugé que la contestation du Dr Guérin ne pouvait donner lieu à un différend arbitrable au sens de la Loi et de l’Accord-cadre et que, de toute façon, seule la Fédération aurait eu l’intérêt requis pour le former. En révision judiciaire, la Cour supérieure et la majorité de la Cour d’appel ont jugé cette décision déraisonnable et ont conclu que la Loi permettait au Dr Guérin de soumettre son différend au conseil d’arbitrage. La juge dissidente



Dr. Guérin under the Act to submit his dispute to the council of arbitration. The dissenting judge would have upheld the council's decision, finding that its analysis was justified having regard to the Act and the Framework Agreement.

[4] We would allow the appeal and restore the council of arbitration's award. It was reasonable for the council to conclude that, under the Framework Agreement, the Protocol and the Act, Dr. Guérin's proceeding did not raise an arbitrable dispute, because the Fédération and the Ministère had reserved for themselves the full discretion to designate the medical imaging laboratories that would be eligible to receive the digitization fee. It was also reasonable for the council to conclude that, in any event, Dr. Guérin did not have standing to submit such a dispute for arbitration, as it was a collective dispute that the Framework Agreement lawfully reserved for the Fédération. Moreover, contrary to what the majority of the Court of Appeal stated, physicians who feel aggrieved are not without recourse: there is a general law principle that permits them to sue the organization that represents them if it has breached its duty of fair representation.

## II. Background

### A. *Legislative Framework*<sup>1</sup>

[5] The Act establishes a government-funded universal health care system. It provides that the remuneration and working conditions of health care professionals are to be established by way of a collective bargaining mechanism. To this end, the Ministère may, “[f]or the purposes of this Act . . . enter into an agreement with the representative organizations of any class of health professionals” (s. 19 of the Act). Such an agreement “shall bind all professionals in the field of health who are members of the body which made the agreement” (s. 21). The agreement in question corresponds in the instant case to the Framework Agreement, a quite complex document containing almost 45 schedules that has

<sup>1</sup> The relevant provisions of the Act, the Framework Agreement and the Protocol are reproduced in an appendix to the judgment.

aurait pour sa part confirmé la décision du conseil, estimant que son analyse se justifiait eu égard aux dispositions de la Loi et de l'Accord-cadre.

[4] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la sentence du conseil d'arbitrage. Il était raisonnable pour celui-ci de conclure qu'aux termes de l'Accord-cadre, du Protocole et de la Loi, le recours du D<sup>r</sup> Guérin ne soulevait pas de différend arbitrable, car la Fédération et le Ministère se sont réservé l'entière discrétion de désigner les laboratoires d'imagerie médicale admissibles au versement de l'honoraire de numérisation. Il lui était également raisonnable de conclure que, de toute façon, le D<sup>r</sup> Guérin n'avait pas l'intérêt requis pour porter un tel différend en arbitrage puisqu'il s'agit d'un différend collectif que l'Accord-cadre réserve en toute légalité à la Fédération. Cela dit, contrairement à ce qu'a affirmé la majorité de la Cour d'appel, le médecin qui s'estime lésé n'est pas dépourvu de tout recours; le droit commun lui permet de poursuivre son organisme représentatif, si celui-ci a manqué à son devoir de juste représentation.

## II. Contexte

### A. *Cadre législatif*<sup>1</sup>

[5] La Loi crée un régime universel de soins de santé dont l'État assume le coût. Elle prévoit que la rémunération et les conditions de travail des professionnels de la santé sont établies par un mécanisme de négociation collective. À cette fin, le Ministère peut « conclure avec les organismes représentatifs de toute catégorie de professionnels de la santé, toute entente pour l'application de la présente loi » (art. 19 de la Loi). Cette entente « oblige tous les professionnels de la santé qui sont membres de l'organisme qui l'a conclue » (art. 21). Dans le cas qui nous occupe, l'entente en cause correspond à l'Accord-cadre, un document fort complexe qui contient près de 45 annexes et qui a été modifié à plus de 50 reprises

<sup>1</sup> Les dispositions pertinentes de la Loi, de l'Accord-cadre et du Protocole sont reproduites en annexe au jugement.

been amended over 50 times since being concluded. It is the Fédération, which the Ministère has since 1970 recognized as the only organization representing medical specialists in Quebec, that is responsible for the negotiation and application of this agreement (Framework Agreement, schedule 1, s. 3.1).

[6] The Act provides that “[a] dispute resulting from the interpretation or application of an agreement [like the Framework Agreement] is submitted to a council of arbitration, to the exclusion of any court of civil jurisdiction” (s. 54). In this respect, the Framework Agreement sets out an arbitration procedure, providing that [TRANSLATION] “[a] dispute shall be filed by a medical specialist or by the Fédération in accordance with [the procedure]” (Framework Agreement, schedule 1, s. 20.1). A distinction is made in this procedure between a “dispute with respect to fees”, that is, one raised by a physician in relation to a claim for fees or to his or her service agreement with a health institution, and a “collective dispute” raised by the Fédération to resolve any other disagreement related to the application of the Framework Agreement (Framework Agreement, schedule 1, ss. 20.2 and 20.5).

[7] On June 1, 2009, the Fédération and the Ministère created a digitization fee to encourage radiologists to modernize their equipment. This fee is reserved for laboratories that the negotiating parties jointly recognize and designate, following a procedure and applying criteria they themselves have provided for in the Protocol (s. 4.1). Rather than drawing up a list of eligible laboratories from the outset and incorporating it into the Protocol, the parties decided to adopt a flexible recognition mechanism that would enable them to adapt to the progressive development of medical imaging laboratories in Quebec.

[8] For a laboratory to be recognized, it must satisfy the conditions set out in the Protocol, and a physician must submit an application to the negotiating parties (ss. 4.2 and 4.3 of the Protocol). One of the requirements is that the modernized equipment be and remain the property of radiologists (s. 4.2(iv) of the Protocol). The application is first reviewed by a

depuis sa conclusion. Sa négociation et son application se font par l’entremise de la Fédération, que le Ministère reconnaît depuis 1970 comme l’unique organisme représentant les médecins spécialistes du Québec (Accord-cadre, annexe 1, art. 3.1).

[6] La Loi dispose qu’« [u]n différend qui résulte de l’interprétation ou de l’application d’une entente [comme l’Accord-cadre] est soumis à un conseil d’arbitrage, exclusivement à tout tribunal de juridiction civile » (art. 54). À cet égard, l’Accord-cadre contient une procédure d’arbitrage selon laquelle « [u]n différend est logé par un médecin spécialiste ou la Fédération, conformément [à celle-ci] » (Accord-cadre, annexe 1, art. 20.1). Cette procédure distingue le « différend en contestation d’honoraires », formé par un médecin relativement à une demande d’honoraires ou à son contrat de services avec un établissement de santé, du « différend collectif » formé par la Fédération pour régler tout autre désaccord au sujet de l’application de l’Accord-cadre (Accord-cadre, annexe 1, art. 20.2 et 20.5).

[7] Le 1<sup>er</sup> juin 2009, la Fédération et le Ministère ont créé un honoraire de numérisation afin d’encourager les radiologistes à moderniser leurs équipements. Cet honoraire est réservé aux laboratoires qui sont reconnus et désignés conjointement par les parties négociantes, selon le mécanisme et les critères qu’elles ont elles-mêmes prévus dans le Protocole (art. 4.1). En effet, au lieu d’établir d’entrée de jeu la liste des laboratoires admissibles et de l’intégrer au Protocole, les parties ont plutôt choisi de se doter d’un mécanisme de reconnaissance flexible qui leur permet de s’adapter au développement progressif des laboratoires d’imagerie médicale du Québec.

[8] Pour obtenir cette reconnaissance, un laboratoire doit satisfaire aux conditions énumérées dans le Protocole et un médecin doit présenter une demande aux parties négociantes (art. 4.2 et 4.3 du Protocole). Il faut entre autres que les équipements modernisés soient et demeurent la propriété de radiologistes (par. 4.2iv) du Protocole). Cette demande est d’abord

joint committee of representatives of the negotiating parties, which recommends that the laboratory either be or not be recognized (s. 4.4 of the Protocol). Further to that recommendation, the negotiating parties decide on and designate the laboratories that will be recognized for the purposes of the digitization fee (s. 4.5 of the Protocol). Finally, the Régie de l'assurance maladie du Québec ("RAMQ") implements that decision (s. 4.6 of the Protocol). Once a laboratory has been recognized, the physician may bill for the fee.

[9] In September 2009, further to an arrangement entered into with the Ministère, the Fédération informed radiologists that they could on an exceptional basis have their laboratories recognized retroactively to June 1, 2009 if they submitted an application to that effect by November 1, 2009.

[10] In October 2010, the negotiating parties amended the Protocol once again to clarify the conditions concerning the ownership of radiology equipment. This amendment applied as of June 1, 2009, that is, as of the day the fee first came into effect (Amendment 54 to the Framework Agreement, s. 2.3).

#### B. *Factual Context*

[11] Dr. Guérin is a radiologist and a member of the Fédération. In this case, he is acting as a medical specialist and the medical director of a radiology clinic, and as the representative of 35 radiologists practising in other clinics belonging to the same company.

[12] In October 2009, Dr. Guérin applied to the negotiating parties for a declaration that the clinics in question were eligible for the digitization fee. His application was denied, however, on the basis that, because of the structure of the company, the laboratory equipment was not directly or indirectly owned by radiologists. Dr. Guérin disagreed with this interpretation of the "ownership test", but he nonetheless tried to comply with it by making some changes to the company's structure. He and his colleagues thus altered the structure of their corporation's share capital and adopted a new shareholder agreement. This

étudiée par un comité conjoint formé de représentants des parties négociantes, lequel recommande ou non la reconnaissance du laboratoire (art. 4.4 du Protocole). À la suite de cette recommandation, les parties négociantes déterminent et désignent les laboratoires qui sont reconnus aux fins de l'application de l'honoraire (art. 4.5 du Protocole). Enfin, la Régie de l'assurance maladie du Québec (« RAMQ ») met cette décision en œuvre (art. 4.6 du Protocole). Fort de la reconnaissance ainsi obtenue, le médecin peut alors facturer l'honoraire.

[9] En septembre 2009, suivant un arrangement intervenu avec le Ministère, la Fédération informe les radiologistes qu'il est exceptionnellement possible de reconnaître leurs laboratoires rétroactivement au 1<sup>er</sup> juin 2009 s'ils présentent une demande en ce sens avant le 1<sup>er</sup> novembre 2009.

[10] En octobre 2010, les parties négociantes modifient à nouveau le Protocole afin de préciser les conditions relatives à la propriété des équipements de radiologie. Cette modification s'applique à compter du 1<sup>er</sup> juin 2009, soit dès l'entrée en vigueur initiale de l'honoraire (Modification 54 à l'Accord-cadre, art. 2.3).

#### B. *Cadre factuel*

[11] Le D<sup>r</sup> Guérin est un radiologiste membre de la Fédération. En l'espèce, il agit en qualité de médecin spécialiste et de directeur médical d'une clinique de radiologie, ainsi qu'à titre de mandataire de 35 médecins radiologistes qui exercent dans d'autres cliniques de la même entreprise.

[12] En octobre 2009, le D<sup>r</sup> Guérin demande aux parties négociantes de déclarer ces cliniques admissibles à l'honoraire de numérisation. Sa demande est cependant rejetée au motif que les équipements de laboratoire ne sont pas la propriété directe ou indirecte de radiologistes en raison de la structure de l'entreprise concernée. Il est en désaccord avec cette interprétation du « critère de propriété », mais il tente tout de même de s'y conformer en apportant certains changements à la structure de l'entreprise. À cette fin, ses collègues et lui modifient le capital-actions de leur société et adoptent une

led the negotiating parties to inform Dr. Guérin in July 2011 that they would be recognizing the laboratories effective retroactively to June 21, 2011, the day of the joint committee's recommendation.

[13] Although Dr. Guérin was happy that the laboratories were being recognized, he felt that this recognition should be retroactive to the day the fee was created or, at the very least, to April 8, 2010, the date when the structure of the laboratories was modified. A request to that effect was denied.

[14] This impasse led him to submit a dispute to the council of arbitration set up under s. 54 of the Act. The Fédération and the Ministère opposed him jointly in this proceeding, arguing as a preliminary matter that a decision regarding the recognition of a laboratory by the negotiating parties for the purposes of the digitization fee cannot give rise to an arbitrable dispute. They also maintained that only the Fédération, and not a physician, could submit such a dispute.

### III. Judicial History

#### A. *Arbitration Award (Mre. Marc Gravel), No. 12-DS-499, January 29, 2013*

[15] Arbitrator Gravel, who was appointed to perform the functions of the council of arbitration on his own, found that he lacked jurisdiction to grant Dr. Guérin the first of the conclusions being sought and to recognize the laboratories for the purposes of the digitization fee. In the arbitrator's opinion, the Framework Agreement did not give him the authority to make such a decision in place of the negotiating parties. Given that recognition is an [TRANSLATION] "inevitable and necessary prerequisite" to a claim for the digitization fee, a physician cannot submit a dispute with respect to fees without first having obtained this recognition (arbitration award, at para. 33, reproduced in A.R., at p. 25).

[16] The arbitrator also concluded that the Fédération has a monopoly of representation in respect of its members. In his view, it is up to the Fédération and the Ministère to negotiate the recognition

nouvelle convention des actionnaires, si bien que, en juillet 2011, les parties négociantes l'avisent qu'elles reconnaissent les laboratoires avec effet rétroactif au 21 juin 2011, jour de la recommandation du comité conjoint.

[13] Satisfait de voir les laboratoires reconnus, le D<sup>r</sup> Guérin estime toutefois que cette reconnaissance devrait rétroagir au jour de la création de l'honoraire ou, à tout le moins, au 8 avril 2010, date à laquelle la structure des laboratoires a été modifiée. Cette demande est rejetée.

[14] Vu l'impasse, il dépose un différend auprès du conseil d'arbitrage formé en vertu de l'art. 54 de la Loi. La Fédération et le Ministère font front commun contre lui et plaident à titre préliminaire que la reconnaissance d'un laboratoire par les parties négociantes pour l'application de l'honoraire de numérisation ne peut faire l'objet d'un différend arbitrable. Ils soutiennent par ailleurs que seule la Fédération, et non un médecin, pouvait former un tel différend.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Sentence arbitrale (M<sup>e</sup> Marc Gravel), n<sup>o</sup> 12-DS-499, 29 janvier 2013*

[15] L'arbitre Gravel, mandaté pour exercer seul les fonctions du conseil d'arbitrage, estime qu'il n'a pas la compétence requise pour accorder au D<sup>r</sup> Guérin la première conclusion qu'il recherche et reconnaître les laboratoires aux fins de l'application de l'honoraire de numérisation. À son avis, l'Accord-cadre ne lui permet pas de se substituer aux parties négociantes pour prendre cette décision. Or, puisque cette reconnaissance est un « prérequis inévitable et nécessaire » à la réclamation de l'honoraire de numérisation, le médecin ne peut pas former de différend en contestation d'honoraires avant de l'avoir obtenue (sentence arbitrale, par. 33, reproduite au d.a., p. 25).

[16] L'arbitre conclut également que la Fédération a le monopole de la représentation de ses membres. Selon lui, il revient à la Fédération et au Ministère de négocier la reconnaissance des laboratoires. Sans

of laboratories. A physician has no role to play in those negotiations and cannot challenge their outcome by way of arbitration absent clear language to that effect. It was therefore not open to Dr. Guérin to [TRANSLATION] “ask a council of arbitration . . . to modify in respect of him the rules that the parties to the Framework Agreement, and they alone, negotiated” (para. 57).

B. *Quebec Superior Court (Grenier J.), 2013 QCCS 6950*

[17] The motion judge granted Dr. Guérin’s motion for judicial review. Applying the standard of reasonableness, she concluded that the arbitrator’s decision was unreasonable because it did not fall within a “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (para. 26 (CanLII), quoting *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 47).

[18] In the motion judge’s opinion, the only issue was whether the council of arbitration had jurisdiction to consider the dispute. She asserted in this respect that the arbitrator had [TRANSLATION] “erred as regards the subject of the case before him and as regards the scope of his jurisdiction” (para. 18). Because, in her view, the case turned mainly on whether Dr. Guérin had standing, she focused her analysis essentially on the interpretation of s. 54 of the Act, rather than on that of the provisions of the Protocol the arbitrator had discussed.

[19] The motion judge maintained that what Dr. Guérin had asked the arbitrator to do was not to recognize the laboratories, but to correct the interpretation and application of the conditions of the Protocol and to declare that the laboratories had satisfied those conditions as of 2009. Thus, only the interpretation and application of the Protocol — and not its substance — were at issue.

[20] The motion judge concluded that s. 54 of the Act, which was drafted in broad terms, entitles a physician to contest decisions of the negotiating parties by way of arbitration. The negotiating parties cannot restrict a physician’s access to arbitration, as

texte clair en ce sens, un médecin ne peut s’immiscer dans cette négociation ou en contester le résultat en recourant à l’arbitrage. En conséquence, le D<sup>r</sup> Guérin ne peut pas « demander à un conseil d’arbitrage de modifier, à son égard, les règles que les parties à l’Accord-cadre, et exclusivement elles, ont négocié[es] » (par. 57).

B. *Cour supérieure du Québec (la juge Grenier), 2013 QCCS 6950*

[17] La juge de première instance accueille la requête en révision judiciaire du D<sup>r</sup> Guérin. Appliquant la norme de la décision raisonnable, elle conclut que la décision de l’arbitre est déraisonnable puisqu’elle n’appartient pas « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (par. 26 (CanLII), citant *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 47).

[18] À son avis, la seule question en litige consiste à déterminer si le conseil d’arbitrage a compétence pour se saisir du différend. À cet égard, elle affirme que l’arbitre « s’est mépris sur l’objet du litige qu’il avait à trancher ainsi que sur l’étendue de sa compétence » (par. 18). Puisque le litige porte selon elle principalement sur la question de l’intérêt pour agir du D<sup>r</sup> Guérin, elle consacre son analyse essentiellement à l’interprétation de l’art. 54 de la Loi, et non à celle des dispositions du Protocole étudiées par l’arbitre.

[19] La juge de première instance soutient que le D<sup>r</sup> Guérin n’a pas demandé à l’arbitre de reconnaître les laboratoires, mais plutôt de rectifier l’interprétation et l’application des conditions du Protocole et de déclarer que les laboratoires y satisfaisaient dès 2009. Ainsi, seules l’interprétation et l’application du Protocole — et non son contenu — seraient en jeu.

[20] La juge de première instance conclut que l’art. 54 de la Loi, qui est rédigé en termes larges, permet à un médecin de contester par voie d’arbitrage les décisions des parties négociantes. Ces dernières ne peuvent pas restreindre l’accès à l’arbitrage,

s. 54 of the Act authorizes them only to decide on the composition of a council of arbitration and to appoint arbitrators. The standard dictionary definition of “dispute” should apply, which means that a dispute may be submitted in respect of any difference of opinion, including the one at issue in this case.

C. *Quebec Court of Appeal, 2015 QCCA 1726*

(1) Majority Reasons of Duval Hesler C.J.Q. and Schragger J.A.

[21] The majority of the Court of Appeal upheld Grenier J.’s decision. They began by noting that the parties were not questioning the applicability of the reasonableness standard. In the majority’s opinion, however, the arbitrator’s decision to the effect that he lacked jurisdiction to rule on the issue before him and that Dr. Guérin did not have standing to submit the dispute was unreasonable.

[22] Like the motion judge, the majority of the Court of Appeal devoted most of their reasons to the question of standing. They concluded that a physician is entirely free to have recourse to arbitration in order to resolve an issue relating to the interpretation of the Framework Agreement or to its application to his or her particular situation. Section 54 of the Act is clear, and it provides that a dispute concerning the interpretation or application of an agreement entered into under the Act can be submitted to arbitration. The Framework Agreement unduly limits the scope of s. 54 by reserving for the Fédération recourse to arbitration for any dispute other than those that physicians are expressly authorized to submit to arbitration. In addition, the language of the provisions that set out the arbitration procedure is non-exhaustive.

[23] Finally, the majority of the Court of Appeal rejected any analogy to the scheme of the *Labour Code*, CQLR, c. C-27, in part because of the absence in the Act of a recourse analogous to the one provided for in s. 47.5 of the *Code* for failure to represent. Dr. Guérin was therefore without any recourse to contest an interpretation of the Framework Agreement that was prejudicial to him.

puisque l’art. 54 de la Loi leur permet uniquement de décider de la composition du conseil d’arbitrage et de nommer des arbitres. La définition usuelle et courante de « différend » doit être retenue, de sorte que toute différence d’opinions, y compris celle qui existe en l’espèce, peut faire l’objet d’un différend.

C. *Cour d’appel du Québec, 2015 QCCA 1726*

(1) Opinion majoritaire de la juge en chef Duval Hesler et du juge Schragger

[21] Les juges majoritaires de la Cour d’appel confirment la décision de la juge Grenier. Ils notent d’abord que les parties ne remettent pas en question l’applicabilité de la norme de la décision raisonnable. Ils tiennent cependant pour déraisonnable la décision de l’arbitre selon laquelle il n’avait pas compétence pour trancher la question dont il était saisi et que le D<sup>r</sup> Guérin n’avait pas l’intérêt requis pour former ce différend.

[22] À l’instar de la juge de première instance, la majorité de la Cour d’appel consacre l’essentiel de ses motifs à la question de l’intérêt pour agir. Elle conclut qu’un médecin peut tout à fait recourir au processus d’arbitrage pour résoudre un problème d’interprétation de l’Accord-cadre ou d’application de celui-ci à sa situation particulière. L’article 54 de la Loi est un texte clair qui permet qu’un différend relatif à l’interprétation et à l’application d’une entente conclue en vertu de la Loi soit soumis à l’arbitrage. L’Accord-cadre limite indûment la portée de cet article en réservant à la Fédération le recours à l’arbitrage pour tout différend autre que ceux que les médecins peuvent expressément soumettre à l’arbitrage. De surcroît, les dispositions prévoyant la procédure d’arbitrage sont rédigées de façon non-exhaustive.

[23] Enfin, la majorité de la Cour d’appel rejette toute analogie avec le régime instauré par le *Code du travail*, RLRQ, c. C-27, en raison notamment de l’absence, dans la Loi, d’un recours analogue à celui de l’art. 47.5 de ce *Code*, qui vise le défaut de représentation. Le D<sup>r</sup> Guérin serait donc dépourvu de tout recours pour contester une interprétation de l’Accord-cadre qui lui causerait préjudice.

(2) Dissenting Reasons of Savard J.A.

[24] The dissenting judge would have allowed the appeal, as she considered the arbitrator's decision to be reasonable.

[25] She noted that the arbitrator had found that the dispute concerned the recognition of laboratories, a final decision for which the negotiating parties were responsible and that he lacked jurisdiction to review. That is why he had not inquired into whether the mechanism for recognizing laboratories is compatible with the arbitration process provided for in the Act and the Framework Agreement.

[26] The dissenting judge observed that for the majority, and for the motion judge, the dispute instead concerned the interpretation of one of the criteria that had to be satisfied in order to obtain the recognition being sought, not the mechanism for deciding whether that recognition should be granted. But what had to be asked in applying the reasonableness standard was whether the arbitrator's analysis concerning the subject matter of the dispute fell within a range of possible, acceptable outcomes which were defensible in respect of the facts and law.

[27] In the dissenting judge's view, it had been reasonable for the arbitrator to conclude that the decision to designate a laboratory is one that falls to the negotiating parties and that cannot be contested before a council of arbitration. The agreement between those parties is binding on Dr. Guérin and his fellow physicians, and it is not open to them to contest such a designation.

[28] Finally, the dissenting judge concluded that s. 54 of the Act does not preclude the negotiating parties from settling their disputes otherwise than by way of arbitration. The provisions of the Framework Agreement that reserve the possibility of submitting disputes to arbitration for the Fédération except in the case of a dispute with respect to fees are not contrary to s. 54 of the Act and are compatible with the Fédération's monopoly of representation, which resembles the monopoly existing in labour law.

(2) Opinion dissidente de la juge Savard

[24] La juge dissidente aurait plutôt accueilli l'appel, étant d'avis que la décision de l'arbitre était raisonnable.

[25] Elle rappelle que selon l'arbitre, le différend porte sur la reconnaissance des laboratoires, une décision finale qui revient aux parties négociantes et sur laquelle il n'a aucun droit de regard. C'est pour cette raison qu'il n'examine pas la compatibilité entre le mécanisme de reconnaissance des laboratoires et le processus d'arbitrage prévu par la Loi et par l'Accord-cadre.

[26] La juge dissidente remarque que pour les juges majoritaires et la juge de première instance, le différend porte plutôt sur l'interprétation d'un des critères à satisfaire pour obtenir la reconnaissance recherchée, et non sur le mécanisme décisionnel menant à cette reconnaissance. Or, en application de la norme de la décision raisonnable, il faut se demander si l'analyse de l'arbitre concernant l'objet du litige se situe parmi les issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

[27] Selon la juge dissidente, l'arbitre pouvait raisonnablement conclure que la désignation des laboratoires est une décision qui revient aux parties négociantes et qui est à l'abri d'une contestation devant un conseil d'arbitrage. Le Dr Guérin et ses collègues médecins demeurent liés par l'entente intervenue entre les parties et ne peuvent remettre en question une telle désignation.

[28] La juge dissidente conclut enfin que l'art. 54 de la Loi n'empêche pas les parties négociantes de régler leurs différends autrement que par voie d'arbitrage. Les dispositions de l'Accord-cadre qui réservent à la Fédération la possibilité de porter un différend en arbitrage, sauf lorsqu'il s'agit d'une contestation d'honoraires, ne sont pas contraires à l'art. 54 de la Loi et sont compatibles avec le monopole de représentation de la Fédération, lequel s'apparente à celui qui existe en droit du travail.

#### IV. Issues

[29] This being a case of judicial review, it will be necessary first to identify the applicable standard of review before turning to the merits to determine whether Dr. Guérin's proceeding is a dispute within the meaning of the Act and, if so, whether it was open to Dr. Guérin himself to submit it to the council of arbitration.

#### V. Analysis

##### A. *Applicable Standard of Review Is Reasonableness*

[30] The courts below were unanimous in concluding that the applicable standard of review was reasonableness (motion judge's reasons, at para. 26; C.A. reasons, at paras. 21, 45-46 and 71). Indeed, the parties agreed on this point in the Court of Appeal. In this Court, although Dr. Guérin acknowledged that the current law supports the application of that standard, he asserted that the standard of correctness should nonetheless apply (R.F., at paras. 15-17; transcript, at pp. 58-59 and 80-81).

[31] The courts below were right to apply the reasonableness standard. Reasonableness necessarily applies, because the council of arbitration was called upon to interpret and apply its enabling statute, the Framework Agreement and the Protocol, which are at the core of its mandate and expertise (notice of dispute (reproduced at para. 2 of the arbitration award), in the recitals and at paras. 1-3; *Dunsmuir*, at para. 54; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 39; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at para. 11; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 46; *Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 SCC 8, [2016] 1 S.C.R. 29, at para. 32).

[32] The two arguments on which Dr. Guérin relies in asserting that the correctness standard should apply are without merit. First, as both the motion

#### IV. Questions en litige

[29] Puisque nous sommes en matière de révision judiciaire, il faut d'abord déterminer la norme de contrôle applicable avant de décider, sur le fond du litige, si le recours formé par le D<sup>r</sup> Guérin est un différend au sens de la Loi et, le cas échéant, si ce dernier peut lui-même le déposer auprès du conseil d'arbitrage.

#### V. Analyse

##### A. *La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable*

[30] Les instances inférieures ont unanimement conclu à l'application de la norme de contrôle de la décision raisonnable (motifs de première instance, par. 26; motifs de la C.A., par. 21, 45-46 et 71). Les parties ont d'ailleurs concédé ce point devant la Cour d'appel. Devant notre Cour, le D<sup>r</sup> Guérin reconnaît que le droit actuel favorise l'application de cette norme tout en faisant valoir que la norme de la décision correcte devrait tout de même s'appliquer (m.i., par. 15-17; transcription, p. 58-59 et 80-81).

[31] C'est à bon droit que les cours inférieures ont retenu la norme de la décision raisonnable. Cette norme s'impose puisque le conseil d'arbitrage était appelé à interpréter et à appliquer sa loi constitutive, l'Accord-cadre et le Protocole, lesquels sont au cœur de son mandat et de son expertise (avis de différend (reproduit au par. 2 de la sentence arbitrale), préambule et par. 1-3; *Dunsmuir*, par. 54; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 39; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 11; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 46; *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29, par. 32).

[32] Les deux arguments sur lesquels se fonde le D<sup>r</sup> Guérin pour faire valoir que la norme de la décision correcte devrait s'appliquer sont mal fondés.



judge (at para. 26) and all the judges of the Court of Appeal (at paras. 21 and 85) recognized, it is wrong to argue that this appeal raises a true question of jurisdiction in relation to the council of arbitration (*Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at para. 35). As this Court has noted in the past, courts should “not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so” (*Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 233, quoted in *Dunsmuir*, at para. 35). In a similar vein, this Court has frequently stressed that, if they exist, “[t]rue questions of jurisdiction are narrow and will be exceptional” (*Alberta Teachers*, at para. 39; see also at para. 34; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at para. 26; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615, at para. 39; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 SCC 45, [2015] 3 S.C.R. 219, at para. 27). Such questions must be understood “in the narrow sense of whether or not the tribunal had the authority to make the inquiry” (*Dunsmuir*, at para. 59; see also *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at para. 34; *Canon Canada Inc. v. Sylvestre*, 2012 QCCS 1422, at para. 29 (CanLII)).

[33] It is clear, on the one hand, that the council of arbitration had jurisdiction to interpret and apply agreements entered into under the Act, such as the Framework Agreement and its schedules, including the Protocol. It therefore had the authority to make the inquiry and to determine whether Dr. Guérin’s proceeding raised an arbitrable dispute under the Act and the Framework Agreement. Indeed, it is well established that the reasonableness standard applies where an arbitrator must determine, by interpreting and applying his or her enabling legislation and related documents, whether a matter is arbitrable (*Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42,

D’abord, comme l’ont reconnu ici tant la juge de première instance (par. 26) que tous les juges en Cour d’appel (par. 21 et 85), il est erroné de soutenir que le présent pourvoi soulève une question touchant véritablement à la compétence du conseil d’arbitrage (*Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 35). Notre Cour a déjà rappelé que les tribunaux doivent « éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l’assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu’il existe un doute à cet égard » (*Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, p. 233, cité dans *Dunsmuir*, par. 35). De la même manière, notre Cour a fréquemment souligné que, si elles existent, « [l]es véritables questions de compétence ont une portée étroite et se présentent rarement » (*Alberta Teachers*, par. 39; voir aussi par. 34; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, par. 26; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615, par. 39; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 CSC 45, [2015] 3 R.C.S. 219, par. 27). Cette catégorie de questions doit s’entendre « au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question » (*Dunsmuir*, par. 59; voir aussi *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 34; *Canon Canada Inc. c. Sylvestre*, 2012 QCCS 1422, par. 29 (CanLII)).

[33] Or, d’une part, il est clair que le conseil d’arbitrage a compétence pour interpréter et appliquer les ententes conclues en vertu de la Loi, tels l’Accord-cadre et ses annexes comme le Protocole. Il a de ce fait la faculté de connaître de la question et de déterminer si le recours du D’ Guérin soulève un différend arbitrable aux termes de la Loi et de l’Accord-cadre. D’ailleurs, il est bien établi que la norme de la décision raisonnable s’applique lorsqu’un arbitre doit déterminer, sur la base de l’interprétation et de l’application de sa loi constitutive et de documents connexes, si un recours peut faire l’objet d’un arbitrage (*Parry Sound (district), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O.*,

[2003] 2 S.C.R. 157, at para. 16). The fact that an arbitrator can dismiss a proceeding on the basis that it does not constitute an arbitrable dispute does not necessarily lead on its own to the conclusion that the proceeding raises a true question of jurisdiction (see, e.g., *Ontario Refrigeration and Air Conditioning Contractors Assn. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada Local 787*, 2016 ONCA 460, 131 O.R. (3d) 665, at para. 55, leave to appeal refused, No. 37179, March 10, 2017, [2017] Bull. S.C.C. 431).

[34] When an arbitrator interprets his or her enabling legislation to determine whether a dispute is arbitrable, applying the reasonableness standard undermines neither the rule of law nor the other constitutional bases of judicial review. In contrast, the effect of applying the correctness standard by erroneously characterizing such a question as a true question of jurisdiction would be to undermine the presumption in favour of the reasonableness standard that has been consistently recognized and endorsed by this Court in numerous cases since *Alberta Teachers* (para. 39; see, e.g., *Rogers*, at para. 11; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 21; *SODRAC 2003*, at para. 35; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at para. 35; *ATCO Gas and Pipelines*, at para. 28; *Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 47, [2015] 3 S.C.R. 300, at para. 17; *Saguenay*, at para. 46; *Commission scolaire de Laval*, at para. 32; *Capilano*, at para. 22).

[35] On the other hand, the other issue, concerning Dr. Guérin's standing in this case, is not really a true question of jurisdiction either. It is true that this Court applied the correctness standard in *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309, in which it found that "[t]he issue [was] jurisdictional" in that it went to whether the Canadian International Trade Tribunal could hear a complaint initiated by a non-Canadian supplier under the *Agreement on Internal Trade*, (1995) 129 Can. Gaz. I, 1323 (para. 10). Nonetheless, as the Court subsequently explained

*section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 16). Le seul fait que le recours puisse être jugé irrecevable par l'arbitre s'il ne constitue pas un différend arbitrable ne mène pas nécessairement à la conclusion qu'il s'agit d'une véritable question de compétence (voir p. ex. *Ontario Refrigeration and Air Conditioning Contractors Assn. c. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada Local 787*, 2016 ONCA 460, 131 O.R. (3d) 665, par. 55, autorisation d'appel refusée, n° 37179, 10 mars 2017, [2017] Bull. C.S.C. 431).

[34] Lorsqu'un arbitre interprète sa loi constitutive afin de décider du caractère arbitrable d'un différend, appliquer la norme de la décision raisonnable ne mine ni la primauté du droit ni les autres fondements constitutionnels du contrôle judiciaire. Au contraire, appliquer la norme de la décision correcte, en qualifiant à tort une telle question de véritable question de compétence, saperait la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable reconnue et consacrée par une jurisprudence abondante et constante de notre Cour depuis l'arrêt *Alberta Teachers* (par. 39; voir p. ex. *Rogers*, par. 11; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 21; *SODRAC 2003*, par. 35; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 35; *ATCO Gas and Pipelines*, par. 28; *Wilson c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 47, [2015] 3 R.C.S. 300, par. 17; *Saguenay*, par. 46; *Commission scolaire de Laval*, par. 32; *Capilano*, par. 22).

[35] D'autre part, l'autre question en litige, relative à l'intérêt pour agir du D<sup>r</sup> Guérin, n'est guère plus une question touchant véritablement à la compétence du conseil d'arbitrage. Dans *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309, la Cour a certes appliqué la norme de la décision correcte, d'avis qu'elle était « saisie d'une question de compétence » étant donné qu'il s'agissait de décider si le Tribunal canadien du commerce extérieur pouvait entendre une plainte présentée en vertu de l'*Accord sur le commerce intérieur*, (1995) 129 Gaz. Can. I,

in *Alberta Teachers*, its holding in *Northrop* that the question was subject to “review on a correctness standard . . . was based on an established pre-*Dunsmuir* jurisprudence applying a correctness standard to this type of decision, not on the Court finding a true question of jurisdiction” (para. 33 (emphasis added)). This interpretation, which was endorsed by a majority of this Court, is also authoritative.

[36] Moreover, Brown and Evans observe that a number of courts have held that standing was not a true question of jurisdiction, even where the relevant enabling legislation addressed it (D. J. M. Brown and J. M. Evans, with the assistance of D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), heading 14:4331, footnote 369, citing *Canadian Merchant Service Guild v. Teamsters, Local Union 847*, 2012 FCA 210, 433 N.R. 200, at para. 19). In the instant case, too, the question of Dr. Guérin’s standing relates to the council of arbitration’s interpretation of its enabling legislation and of the Framework Agreement. This question does not cast doubt on “the [council of arbitration’s] authority to make the inquiry” submitted to it (*Dunsmuir*, at para. 59; see also *Nolan*, at para. 34) but is, rather, intended to determine who — Dr. Guérin or the Fédération — can submit it. That is far from the narrow and limited scope this Court has attributed to true questions of jurisdiction.

[37] Finally, contrary to what Dr. Guérin is now arguing in this Court, this is not a case in which the rule of law requires the application of the correctness standard. The fact that a question of law might give rise to conflicting interpretations does not on its own support a conclusion that the correctness standard applies (*Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, at para. 17). Also, Dr. Guérin cites no award in which an arbitrator adopted an interpretation contrary to that of the arbitrator in the instant case. Thus, even if conflicting lines of authority could lead to the application of the correctness standard, which is itself not always the case (*Atomic Energy*, at para. 17; *Smith v. Alliance*

1323, par un fournisseur non canadien (par. 10). Toutefois, comme l’a ensuite expliqué notre Cour dans *Alberta Teachers*, l’arrêt *Northrop* a conclu à « l’application de la norme de la décision correcte [. . .] en suivant une jurisprudence bien établie, antérieure à *Dunsmuir*, qui applique cette norme au type de décision en cause, et non en relevant une question qui touche véritablement à la compétence » (par. 33 (nous soulignons)). Cette interprétation, entérinée par une majorité de juges de notre Cour, fait là encore autorité.

[36] D’ailleurs, comme le notent les auteurs Brown et Evans, plusieurs tribunaux ont reconnu que la question de l’intérêt pour agir n’était pas une véritable question de compétence, et ce, même lorsque la loi habilitante en cause abordait cette question (D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec le concours de D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), rubrique 14:4331, note 369, référant à *Canadian Merchant Service Guild c. Teamsters, Local Union 847*, 2012 CAF 210, 433 N.R. 200, par. 19). En l’espèce, la question de l’intérêt pour agir du D<sup>r</sup> Guérin relève elle aussi de l’interprétation par le conseil d’arbitrage de sa loi habilitante et de l’Accord-cadre. Elle ne remet pas en cause « la faculté du [conseil d’arbitrage] de connaître de la question » qui lui est soumise (*Dunsmuir*, par. 59; voir aussi *Nolan*, par. 34), mais vise plutôt à déterminer qui, du D<sup>r</sup> Guérin ou de la Fédération, peut la soumettre. Cela se révèle bien loin de la portée étroite et limitée que notre Cour attribue aux véritables questions de compétence.

[37] Enfin, contrairement à ce que soutient aujourd’hui le D<sup>r</sup> Guérin devant notre Cour, il ne s’agit pas non plus ici d’un cas où la primauté du droit requiert l’application de la norme de la décision correcte. Le seul fait qu’une question de droit puisse donner lieu à des interprétations contradictoires ne permet pas, à lui seul, de conclure à l’application de la norme de la décision correcte (*Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, par. 17). Qui plus est, le D<sup>r</sup> Guérin ne cite aucune sentence arbitrale ayant retenu une interprétation contraire à celle de l’arbitre en l’espèce. Ainsi, même si l’existence de courants jurisprudentiels divergents pouvait mener à l’application de la

*Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paras. 38-39; see also *Domtar Inc. v. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at pp. 784-801), that is, in any event, not the situation in the case at bar.

#### B. *Absence of an Arbitrable Dispute*

[38] Dr. Guérin has applied for a review of the negotiating parties' decision not to recognize the laboratories he represents for purposes of the payment of the digitization fee from 2009 to 2011. The council of arbitration concluded that it did not have the authority to grant his application, because the application did not raise an arbitrable dispute under the Act and the Framework Agreement. In our opinion, that decision was reasonable.

##### (1) Subject Matter

[39] Any decision-maker required to resolve a dispute must first define the subject matter or essential character of the dispute (*Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, at para. 52). In the case at bar, the arbitrator concluded that the subject matter of Dr. Guérin's proceeding was a declaration recognizing the laboratories for the period at issue in the application.

[40] In reaching this conclusion, the arbitrator did not confine himself to Dr. Guérin's description of the issue in his notice of dispute, that is, that the dispute [TRANSLATION] "concerns the interpretation and application of section 4.[2](iv) of the Protocol" (notice of dispute, at para. 1). He also considered the conclusions being sought, and in particular the request for a declaration "that the medical imaging laboratories [represented by Dr. Guérin] should be recognized . . . as of June 1, 2009" and that the physicians working there were "therefore entitled to the digitization fee" as of that date (notice of dispute, conclusions). The arbitrator found on this basis that what Dr. Guérin actually wanted him to do was to rule on the recognition of the laboratories in place of the negotiating parties. Given that the subject matter

norme de la décision correcte, ce qui n'est pas en soi toujours le cas (*Énergie Atomique*, par. 17; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 38-39; voir aussi *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, p. 784-801), telle n'est pas de toute façon la situation dans le cas qui nous occupe.

#### B. *L'absence d'un différend arbitrable*

[38] Le D<sup>r</sup> Guérin demande la révision de la décision des parties négociantes de ne pas reconnaître les laboratoires qu'il représente aux fins du paiement de l'honoraire de numérisation de 2009 à 2011. Le conseil d'arbitrage a conclu qu'il n'avait pas le pouvoir d'accéder à sa demande, car il ne s'agissait pas d'un différend arbitrable au sens de la Loi et de l'Accord-cadre. À notre avis, cette décision était raisonnable.

##### (1) L'objet du litige

[39] Toute instance décisionnelle appelée à résoudre un litige doit d'abord en définir l'objet ou l'essence (*Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, par. 52). En l'espèce, l'arbitre a conclu que l'objet du recours du D<sup>r</sup> Guérin était de déclarer les laboratoires reconnus pour la période visée par la demande.

[40] Pour parvenir à cette conclusion, l'arbitre ne s'est pas limité à la façon dont le D<sup>r</sup> Guérin décrit le litige dans son avis de différend, à savoir que celui-ci « porte sur l'interprétation et l'application de l'article 4.[2]iv) du Protocole » (avis de différend, par. 1). Il a également tenu compte des conclusions recherchées, surtout celles qui visaient à déclarer « qu'en date du 1<sup>er</sup> juin 2009, les laboratoires d'imagerie médicale [que le D<sup>r</sup> Guérin représente] devaient être reconnus » et que les médecins y œuvrant avaient « en conséquence le droit à l'honoraire de numérisation » depuis ce jour (avis de différend, conclusions). C'est sur cette base que l'arbitre a constaté que le D<sup>r</sup> Guérin voulait en fait qu'il statue sur la reconnaissance des laboratoires, en lieu et place des parties négociantes. Puisque

of the dispute thus related to the interpretation of the recognition mechanism established by the Protocol, the arbitrator did not need to analyze the provisions of the Framework Agreement and the Act with respect to the arbitration process, or the provisions of the Protocol setting out the eligibility criteria for the digitization fee. He instead focused on the provisions of the Framework Agreement and the Protocol that confer the authority to determine eligibility for the fee on the negotiating parties.

[41] In considering the motion for judicial review, the Superior Court and the Court of Appeal were limited to determining whether the arbitration award was reasonable, including in relation to the subject matter of the dispute. As the dissenting judge in the Court of Appeal indicated, the motion judge and the majority of the Court of Appeal were in error in instead reformulating the subject matter to find that the dispute related to the interpretation and application of the conditions for eligibility for recognition and to Dr. Guérin's standing (motion judge's reasons, at paras. 19-20; C.A. reasons, at paras. 38-39). By altering the issue in this way, they failed to show the council of arbitration the deference they owed it.

(2) Only the Negotiating Parties Have the Authority to Recognize Laboratories

[42] The arbitrator concluded that he did not have jurisdiction to rule on whether the laboratories should be recognized. According to his interpretation of the Protocol, the negotiating parties had reserved for themselves the authority to decide whether to recognize a laboratory, and had in so doing excluded that decision from the arbitration process. In his opinion, if he were to rule on the dispute, he would in effect be substituting his own opinion for that of the negotiating parties and circumventing the decision-making mechanism they had negotiated. In short, the arbitrator held that the proceeding did not raise an arbitrable dispute.

[43] The arbitrator's decision in this regard is reasonable. As it indicates, the negotiating parties have in the Protocol clearly reserved for themselves the right and full discretion to decide whether to recognize a laboratory. Not only did the negotiating

l'objet du litige relevait ainsi de l'interprétation du mécanisme de reconnaissance établi par le Protocole, l'arbitre n'a pas eu à analyser les dispositions de l'Accord-cadre et de la Loi relatives au processus d'arbitrage, ni celles du Protocole fixant les critères d'admissibilité à l'honoraire de numérisation. Il s'est concentré sur les dispositions de l'Accord-cadre et du Protocole qui confèrent aux parties négociantes le pouvoir de décider de l'admissibilité à l'honoraire.

[41] En révision judiciaire, le rôle de la Cour supérieure et de la Cour d'appel se limitait à déterminer si la sentence arbitrale était raisonnable, y compris en ce qui touche l'objet du litige. Comme l'indique la juge dissidente en Cour d'appel, c'est à tort que la juge de première instance et la majorité de la Cour d'appel ont plutôt reformulé l'objet du litige pour le faire porter sur l'interprétation et l'application des conditions d'admissibilité à la reconnaissance et sur l'intérêt pour agir du D<sup>r</sup> Guérin (motifs de première instance, par. 19-20; motifs de la C.A., par. 38-39). En faisant ainsi bifurquer le débat, elles n'ont pas accordé la déférence requise à la décision du conseil d'arbitrage.

(2) La reconnaissance des laboratoires relève exclusivement des parties négociantes

[42] L'arbitre a conclu qu'il n'avait pas la compétence requise pour statuer sur la reconnaissance des laboratoires. Selon son interprétation du Protocole, les parties négociantes se sont réservé la décision de reconnaître ou non un laboratoire et l'ont par le fait même soustraite au processus d'arbitrage. À son avis, statuer sur le différend reviendrait à substituer son opinion à celle des parties négociantes et à contourner le mécanisme décisionnel qu'elles ont négocié. En somme, l'arbitre juge que le recours ne soulève aucun différend arbitral.

[43] La décision de l'arbitre à cet égard est raisonnable. Comme elle l'indique, le Protocole énonce clairement que les parties négociantes se sont réservé le droit et l'entière discrétion de décider de la reconnaissance des laboratoires. Non seulement les

parties argue together in favour of this interpretation in both courts below, but it is fully justified having regard to the words of the Protocol. The Protocol provides that the role of the joint committee is limited to making recommendations, which means that the committee's opinion is not necessarily binding on the negotiating parties:

[TRANSLATION]

**4.4** There shall be established a joint committee composed of equal numbers of representatives of the Fédération and the Ministère de la Santé et des Services sociaux to which shall be referred any applications for recognition submitted under section 4.3 for the purposes of the digitization fee.

After analyzing an application, the joint committee shall make a recommendation to the negotiating parties. [Emphasis added.]

Moreover, s. 4.5 of the Protocol provides unambiguously that the final decision, that of deciding on and designating laboratories, belongs to the negotiating parties and no one else, and it places no limits on the factors that might guide their decision:

[TRANSLATION]

**4.5** Further to the joint committee's recommendations, the negotiating parties shall decide on and designate the general radiology laboratories that will be recognized for the purposes of the digitization fee together with the applicable sectors of radiological activity. [Emphasis added.]

[44] Dr. Guérin's arguments are insufficient to justify a conclusion that the arbitrator's interpretation of the Protocol was unreasonable. His position presupposes that, even though the Ministère and the Fédération had [TRANSLATION] "reserved for themselves the authority to interpret and apply the provisions of the Protocol", "a correct interpretation of the provisions establishing the applicable rules would have led to their being applied such that" the laboratories he represents were recognized as of June 1, 2009 (notice of dispute, at paras. 3 and 14). The arbitrator did not address this argument directly, but we note that although the Protocol does require that laboratories meet all the criteria under s. 4.2 in order to be recognized, the recognition of a laboratory is also subject

parties négociantes ont-elles unanimement défendu cette interprétation devant chacune des instances inférieures, mais celle-ci se justifie amplement eu égard aux termes du Protocole. En vertu de ce dernier, le rôle du comité conjoint se limite à formuler une recommandation, ce qui indique que son opinion ne lie pas nécessairement les parties négociantes :

**4.4** Est créé un comité conjoint composé en parts égales de représentants de la Fédération et du ministère de la Santé et des Services sociaux auxquelles sont soumises les demandes de reconnaissance présentées en vertu de l'article 4.3 aux fins de l'application de l'honoraire de numérisation.

Au terme de son analyse, le comité conjoint fait une recommandation aux parties négociantes. [Nous soulignons.]

En outre, l'art. 4.5 du Protocole prévoit sans ambiguïté que la décision finale de déterminer et désigner les laboratoires revient aux parties négociantes, et à personne d'autre, et ce, sans limiter les considérations qui peuvent orienter cette détermination :

**4.5** Suite aux recommandations du comité conjoint, les parties négociantes déterminent et désignent les laboratoires de radiologie générale qui sont reconnus aux fins de l'application de l'honoraire de numérisation ainsi que le secteur d'activités radiologiques visé. [Nous soulignons.]

[44] Les arguments du D<sup>r</sup> Guérin sont insuffisants pour conclure que l'interprétation du Protocole par l'arbitre est déraisonnable. Sa thèse suppose que, même si le Ministère et la Fédération « se sont réservés la faculté d'interpréter et d'appliquer les dispositions prévues au Protocole », « l'interprétation correcte des textes normatifs applicables commandait qu'ils soient appliqués de manière à ce que » les laboratoires qu'il représente soient reconnus au 1<sup>er</sup> juin 2009 (avis de différend, par. 3 et 14). L'arbitre ne répond pas directement à l'argument, mais nous signalons que si le Protocole prévoit bel et bien que les laboratoires doivent répondre à tous les critères de l'art. 4.2 pour être reconnus, cette reconnaissance doit aussi faire l'objet d'une

to a decision by the negotiating parties, which are not required to apply those criteria mechanically.

[45] Furthermore, Dr. Guérin does not, nor did he do so before the council of arbitration, contest the validity of the decision-making mechanism provided for in the Protocol, but had he done so, it is our opinion that this argument would also fail. It was open to the Ministère and the Fédération, under s. 19 of the Act, to reserve this decision for themselves and to establish the appropriate mechanism by means of the Framework Agreement. No one is disputing that the negotiating parties had the authority to create a digitization fee by amending their Framework Agreement as they did. And they also had the authority to decide on the procedure for obtaining the new fee. Thus, the agreement between the parties could, for example, have included a list of recognized laboratories without setting out other criteria or providing for a recognition mechanism. The parties instead decided — with the approval of the Conseil du trésor, and as it was open to them to do — to create a different mechanism that would enable them to adapt to the flexibility of their agreement and the evolving situation of medical imaging laboratories in Quebec.

[46] This, moreover, is why this type of decision-making mechanism is not uncommon in the public health system. The appellant, the Attorney General of Quebec, noted in this Court, although this comparative argument had not been made before the council of arbitration, that agreements concluded under the Act often establish several fee classes and sometimes confer on the negotiating parties, either directly or through a parity committee, the task of reaching an agreement and specifying which institutions or professionals will be able to obtain the fees having regard to needs and changing circumstances. Likewise, it is not uncommon for such agreements to provide that the negotiating parties may put an end to any dispute, even an individual dispute, by way of an agreement (A.F., at paras. 44 and 57; see, for example, s. 24.04 of the *Entente relative à l'assurance maladie et à l'assurance hospitalisation entre le ministre de la Santé et des Services sociaux et la Fédération des médecins omnipraticiens du Québec*, A.R., at p. 222; s. 24.04 of the *Entente*

décision des parties négociantes, lesquelles ne sont pas contraintes d'appliquer ces critères de façon mécanique.

[45] En outre, le D<sup>r</sup> Guérin ne conteste pas et n'a pas contesté devant le conseil d'arbitrage la validité du mécanisme décisionnel prévu au Protocole, mais s'il le faisait, nous sommes d'avis que cet argument devrait aussi échouer. Le Ministère et la Fédération pouvaient se réserver cette décision et établir au moyen de l'Accord-cadre le mécanisme décisionnel approprié, en vertu de l'art. 19 de la Loi. Personne ne conteste que les parties négociantes ont le pouvoir de créer un honoraire de numérisation en modifiant leur Accord-cadre comme elles l'ont fait. De même, elles ont le pouvoir de déterminer les modalités d'accès à ce nouvel honoraire. Ainsi, l'entente conclue entre les parties aurait pu inclure, par exemple, une liste de laboratoires reconnus, sans prévoir d'autres critères ou un mécanisme de reconnaissance. Les parties ont plutôt décidé — avec l'approbation du Conseil du trésor et comme il leur était loisible de le faire — de créer un mécanisme différent qui leur permettrait de s'adapter à la nature flexible de leur entente et à la situation évolutive des laboratoires d'imagerie médicale au Québec.

[46] C'est d'ailleurs pourquoi ce type de mécanisme décisionnel n'est pas inhabituel dans le réseau public de la santé. Bien que cet argument comparatif n'ait pas été soumis au conseil d'arbitrage, l'appelante, la Procureure générale du Québec, a indiqué devant notre Cour que les ententes conclues en vertu de la Loi établissent souvent plusieurs catégories d'honoraires et confient parfois aux parties négociantes, directement ou par l'entremise d'un comité paritaire, la tâche de s'entendre et de préciser les établissements ou les professionnels qui auront accès à ces honoraires, selon les besoins et l'évolution des situations. De même, il n'est pas rare qu'elles prévoient que les parties négociantes peuvent mettre fin à tout différend par une entente, même lorsqu'il s'agit d'un différend individuel (m.a., par. 44 et 57; voir par exemple l'art. 24.04 de l'*Entente relative à l'assurance maladie et à l'assurance hospitalisation entre le ministre de la Santé et des Services sociaux et la Fédération des médecins omnipraticiens du Québec*, d.a., p. 222; art. 24.04 de l'*Entente relative*

*relative à l'assurance maladie entre le ministre de la Santé et des Services sociaux du Québec et l'Association des chirurgiens dentistes du Québec*, A.R., at p. 232; s. 17.04 of the *Entente relative à l'assurance maladie entre le ministre de la Santé et des Services sociaux et l'Association professionnelle des optométristes du Québec*, A.R., at p. 240; s. 7.05 of the *Entente relative à l'assurance maladie entre l'Association québécoise des pharmaciens propriétaires et le ministre de la Santé et des Services sociaux*, A.R., at p. 246; transcript, at pp. 42-44).

[47] It was therefore reasonable for the arbitrator to conclude that if he were to rule on the dispute, the effect would be to alter the negotiated content of the Protocol by stripping the negotiating parties of their exclusive discretion under the Protocol and reducing the recognition of laboratories to nothing more than the application of the criteria set out in s. 4.2, which cannot be the case. In other words, even if the arbitrator had decided to correct the interpretation of the conditions of s. 4.2(iv) of the Protocol and their application to the laboratories represented by Dr. Guérin, it would have been impossible for him to grant recognition in place of the negotiating parties.

[48] In this regard, it cannot of course, with all due respect, be argued that the arbitrator's decision on this question was "incorrect" solely because Dr. Guérin's proceeding concerns "[a] dispute resulting from the interpretation or application of an agreement" within the meaning of s. 54 of the Act. The determination of whether the dispute is arbitrable cannot be limited to that section alone. Even though Dr. Guérin's dispute results from the interpretation and application of the Framework Agreement, the terms of the Protocol — according to which it is the negotiating parties that are to decide on and designate the laboratories that will be recognized for the purposes of the digitization fee (s. 4.5) — cannot be disregarded.

[49] In light of the principles from *Dunsmuir*, it is therefore our opinion that the arbitrator's solution falls within "a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law" (*Dunsmuir*, at para. 47). We believe on this

*à l'assurance maladie entre le ministre de la Santé et des Services sociaux du Québec et l'Association des chirurgiens dentistes du Québec*, d.a., p. 232; art. 17.04 de l'*Entente relative à l'assurance maladie entre le ministre de la Santé et des Services sociaux et l'Association professionnelle des optométristes du Québec*, d.a., p. 240; art. 7.05 de l'*Entente relative à l'assurance maladie entre l'Association québécoise des pharmaciens propriétaires et le ministre de la Santé et des Services sociaux*, d.a., p. 246; transcription, p. 42-44).

[47] Ainsi, il était raisonnable pour l'arbitre de conclure que trancher le litige aurait eu pour effet de modifier le contenu négocié du Protocole en privant les parties négociantes de la discrétion que ce dernier leur octroie exclusivement et en ramenant la reconnaissance des laboratoires à la seule application des critères prévus à l'art. 4.2, ce qui ne saurait être le cas. En d'autres termes, même si l'arbitre avait décidé de rectifier l'interprétation des conditions du par. 4.2iv) du Protocole et leur application aux laboratoires que le D<sup>r</sup> Guérin représente, il lui aurait tout de même été impossible d'accorder la reconnaissance en lieu et place des parties négociantes.

[48] Sous ce rapport, l'on ne peut bien sûr soutenir, avec égards pour l'opinion contraire, que la décision de l'arbitre sur cette question serait « incorrecte » au seul motif que le recours du D<sup>r</sup> Guérin soulèverait « [u]n différend qui résulte de l'interprétation ou de l'application d'une entente », aux termes de l'art. 54 de la Loi. L'analyse du caractère arbitral du différend ne peut se limiter à ce seul article. Même si le différend du D<sup>r</sup> Guérin résulte de l'interprétation et de l'application de l'Accord-cadre, l'on ne peut occulter les termes du Protocole, qui stipulent que ce sont les parties négociantes qui déterminent et désignent les laboratoires qui sont reconnus aux fins de l'application de l'honoraire de numérisation (art. 4.5).

[49] Au vu des enseignements de l'arrêt *Dunsmuir*, nous sommes donc d'avis que la solution retenue par l'arbitre appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47). À ce chapitre, nous estimons



point that the motion judge and the majority of the Court of Appeal did not ask themselves the right question before concluding that the arbitration award was unreasonable.

*C. Dr. Guérin Does Not Have Standing*

[50] In light of this conclusion, it is not strictly necessary to address the second issue, that of standing. Indeed, this was not a determinative aspect of the arbitration award. On the other hand, it was essentially on this issue that the Superior Court and the majority of the Court of Appeal based their conclusion that the decision was unreasonable. With respect, we are of the opinion that it was in any event reasonable for the arbitrator to conclude that Dr. Guérin did not have standing because, under the Framework Agreement and the Act, only the Fédération can submit such a dispute to a council of arbitration.

(1) Only the Fédération Has Standing to Submit This Dispute to Arbitration

[51] On this point, the arbitrator noted that the Act gives the Fédération a monopoly of representation that permits it to negotiate the terms of the Protocol and to bind all its members, who cannot then contest the outcome of the negotiation by way of arbitration. In his view, this means that Dr. Guérin did not have standing to submit his dispute. We are of the opinion that the arbitrator's decision on this point, albeit brief, and although it in some respects confused this issue with that of whether the dispute was arbitrable, was also reasonable.

[52] As the arbitrator mentioned, medical specialists are bound by the provisions of the Framework Agreement, which the negotiating parties entered into legally (ss. 19 and 21 of the Act; Framework Agreement, schedule 1, s. 3.1). Nothing precludes that agreement from delimiting the recourse to arbitration provided for in the Act. The only limits in this respect are those of the provisions of the Act that specifically indicate situations in which a health professional may submit a notice of dispute

que la juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel ne se sont pas posé la bonne question avant de conclure au caractère déraisonnable de la sentence arbitrale.

*C. Le D<sup>r</sup> Guérin n'a pas l'intérêt requis pour agir*

[50] Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas strictement nécessaire d'aborder la seconde question en litige, celle relative à l'intérêt pour agir. D'ailleurs, il ne s'agit pas d'un élément déterminant de la sentence arbitrale. À l'inverse, c'est essentiellement sur cette question que la Cour supérieure et la majorité de la Cour d'appel se sont fondées pour conclure que la sentence était déraisonnable. Avec égards, nous sommes d'avis qu'il était de toute façon raisonnable pour l'arbitre de conclure que le D<sup>r</sup> Guérin n'avait pas l'intérêt requis pour agir puisque, en vertu de l'Accord-cadre et de la Loi, seule la Fédération peut faire trancher ce type de différend par le conseil d'arbitrage.

(1) Seule la Fédération a l'intérêt requis pour porter ce différend à l'arbitrage

[51] Sur ce point, l'arbitre souligne que la Loi confère à la Fédération un monopole de représentation qui lui permet de négocier le contenu du Protocole et de lier l'ensemble de ses membres, lesquels ne peuvent ensuite contester le résultat de cette négociation par voie d'arbitrage. À ses yeux, le D<sup>r</sup> Guérin n'a donc pas l'intérêt requis pour former son différend. Nous sommes d'avis que la décision de l'arbitre sur ce point, quoiqu'elle soit brève et qu'elle confonde à certains égards cette question et celle du caractère arbitrable du différend, est également raisonnable.

[52] Comme l'indique l'arbitre, les médecins spécialistes sont liés par les dispositions de l'Accord-cadre, qui a été conclu légalement par les parties négociantes (art. 19 et 21 de la Loi; Accord-cadre, annexe 1, art. 3.1). Or, rien n'empêche que cette entente définisse les contours du recours à l'arbitrage prévu à la Loi. Les seules limites à cet égard sont celles des dispositions de la Loi qui prévoient spécifiquement les situations où un professionnel de la santé peut soumettre un avis de différend directement au conseil

directly to a council of arbitration: where the RAMQ has refused a payment or required the reimbursement of an amount, or in the case of a disagreement related to a professional services contract with a health institution (ss. 22.0.1 and 22.2 of the Act). The negotiating parties reiterated these two situations in their arbitration procedure, but for other disagreements related to the application of the Framework Agreement, they provided, as it was open to them to do, that only the Fédération may submit a collective dispute (Framework Agreement, schedule 1, ss. 20.2 to 20.5).

[53] Under the Framework Agreement, therefore, the Fédération is [TRANSLATION] “the only organization representing medical specialists” both for the negotiation and for the application of any agreement entered into under s. 19 of the Act (Framework Agreement, schedule 1, s. 3.1). The Fédération thus exercises all recourses of the members it represents, with the exception of those that are expressly reserved for medical specialists by the Act or the Framework Agreement (*Noël v. Société d’énergie de la Baie James*, 2001 SCC 39, [2001] 2 S.C.R. 207, at para. 41). In short, except in the case of a dispute with respect to fees, medical specialists are always represented by the Fédération in arbitration proceedings.

[54] In the case at bar, as the arbitrator rightly noted, there can be no dispute with respect to fees that would entitle Dr. Guérin to have recourse to arbitration under the Framework Agreement and the Act. The digitization fee cannot be claimed before the laboratories have been recognized, since it is that recognition that gives rise to an entitlement to the fee. Nor is there a collective dispute between the negotiating parties, as they are in agreement on the designation of the laboratories. So there is nothing under either the Framework Agreement or the Act that entitles the physician to submit a notice of dispute of this nature directly to the council of arbitration.

[55] Dr. Guérin asserts that, despite the provisions of the Framework Agreement, s. 54 of the Act entitles him to have recourse directly to arbitration, without having the Fédération act as an intermediary,

d’arbitrage. C’est le cas lorsqu’il s’agit de contester un refus de paiement ou une demande de remboursement de la RAMQ, ou encore de régler une mésentente relative à un contrat de services professionnels avec un établissement de santé (art. 22.0.1 et 22.2 de la Loi). Les parties négociantes ont repris ces deux situations dans leur procédure d’arbitrage, mais en ce qui a trait aux autres désaccords relatifs à l’application de l’Accord-cadre, elles ont prévu, comme il leur était loisible de le faire, que seule la Fédération peut former un différend collectif (Accord-cadre, annexe 1, art. 20.2 à 20.5).

[53] Ainsi, aux termes de l’Accord-cadre, la Fédération est « le seul organisme représentatif des médecins spécialistes », tant pour la négociation que pour l’application de toute entente conclue en vertu de l’art. 19 de la Loi (Accord-cadre, annexe 1, art. 3.1). Elle exerce donc tous les recours des membres qu’elle représente, sauf ceux qui sont expressément réservés aux médecins spécialistes par la Loi ou par l’Accord-cadre (*Noël c. Société d’énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207, par. 41). Bref, sauf s’il s’agit d’un différend en contestation d’honoraires, un médecin spécialiste est représenté en tout temps par la Fédération pour les besoins d’un arbitrage.

[54] En l’espèce, comme l’arbitre l’a noté à juste titre, il ne peut y avoir de différend en contestation d’honoraires qui permette au D<sup>r</sup> Guérin d’avoir recours à l’arbitrage en vertu de l’Accord-cadre et de la Loi. L’honoraire de numérisation ne peut être réclamé avant que les laboratoires soient reconnus puisque c’est la reconnaissance qui y donne droit. En outre, il n’existe aucun différend collectif entre les parties négociantes, car elles s’entendent toutes deux sur la désignation des laboratoires. Dès lors, que ce soit aux termes de l’Accord-cadre ou de la Loi, rien ne permet au médecin de soumettre directement un avis de différend de cette nature au conseil d’arbitrage.

[55] Le D<sup>r</sup> Guérin affirme que malgré les dispositions de l’Accord-cadre, l’art. 54 de la Loi lui permet d’avoir recours à l’arbitrage directement, sans passer par la Fédération, pour tout différend

for any dispute resulting from the application or interpretation of the agreement. This argument was endorsed by the Superior Court and the majority of the Court of Appeal, and their decisions focused on it. Although the arbitrator did not discuss the interpretation of s. 54, it is our opinion that the main purpose of this section, which was drafted in broad language, is to establish the exclusive nature of the tribunal's jurisdiction, not to define standing or determine who may submit a dispute. Not only is the section totally silent as regards the standing issue, but the context of the Act as a whole also confirms this interpretation. The legislature provided for specific situations in which a health professional may have recourse to arbitration (ss. 22.0.1 and 22.2 of the Act). But the provisions in question would serve no useful purpose if s. 54 nonetheless entitled health professionals to submit every possible type of dispute. To interpret s. 54 without taking those sections into account would be inconsistent with the modern principle of statutory interpretation, according to which "it is impossible to determine the meaning of words in the absence of context" (P.-A. Côté, with the collaboration of S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 46; see also *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). Consequently, even if s. 54 is of public order pursuant to s. 104.1 of the Act, it does not constitute a basis for circumventing the provisions of the Framework Agreement that limit the cases in which recourse can be had to arbitration.

[56] The arbitrator's conclusion on this question is supported by *Pérès v. Québec (Commission de la fonction publique)*, 2000 CanLII 18759 (Que. Sup. Ct.), a case that was similar to the one at bar. In *Pérès*, several employees of the federal public service had been transferred to the provincial public service. A parity committee made up of union and management representatives had been created to determine each employee's classification on the basis of job levels of the provincial public service (paras. 17-19). The committee had rendered a unanimous decision, and some employees then wanted to appeal that decision to the Commission

résultant de l'application ou de l'interprétation de l'entente. Cet argument est repris par la Cour supérieure et la majorité de la Cour d'appel, qui en font un élément central de leurs décisions. Bien que l'arbitre ne se soit pas prononcé sur l'interprétation de l'art. 54, nous sommes d'avis que cet article, rédigé en termes larges, a pour principal objectif de définir la compétence exclusive du tribunal, et non de délimiter l'intérêt pour agir ou de déterminer l'identité de ceux qui peuvent former un différend. Non seulement le libellé de l'article n'aborde aucunement la question de l'intérêt pour agir, mais le contexte global de la Loi confirme aussi cette interprétation. Le législateur a prévu les situations spécifiques dans lesquelles un professionnel de la santé peut avoir recours au mécanisme d'arbitrage (art. 22.0.1 et 22.2 de la Loi). Or, ces dispositions n'auraient aucun effet utile si l'art. 54 permettait de toute façon aux professionnels de la santé de soulever tout différend, quel qu'il soit. Interpréter l'art. 54 sans tenir compte de ces articles s'inscrirait en faux avec le principe moderne d'interprétation des lois suivant lequel « le sens des mots ne peut pas être déterminé en dissociation du contexte » (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009), par. 158; voir aussi *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87). Partant, même si l'art. 54 est d'ordre public en vertu de l'art. 104.1 de la Loi, il ne permet pas de contourner les dispositions de l'Accord-cadre qui circonscrivent l'accès au recours à l'arbitrage.

[56] La conclusion de l'arbitre sur cette question est étayée par la décision *Pérès c. Québec (Commission de la fonction publique)*, 2000 CanLII 18759 (C.S. Qc), rendue dans un cas similaire à la présente espèce. Dans cette affaire, plusieurs employés de la fonction publique fédérale avaient été transférés à la fonction publique provinciale. Un comité paritaire composé de représentants syndicaux et de représentants patronaux avait été créé afin de statuer sur le classement de chaque employé selon les niveaux d'emplois de la fonction publique provinciale (par. 17-19). Ce comité avait rendu une décision unanime, et certains employés avaient par la suite

de la fonction publique (paras. 22-24). The Commission declined jurisdiction, holding that it could not intervene in the negotiating process that had been incorporated into the collective agreement in accordance with the *Public Service Act*, CQLR, c. F-3.1.1 (paras. 27-28). The Superior Court upheld that decision, holding that the individuals represented by their union were bound by the agreement and its classification process and could not circumvent them by way of a complaint to the Commission (paras. 37-38). In other words, [TRANSLATION] “[t]his classification agreement [was] binding on [the individuals in question] in the same way that a new collective agreement would [have been] binding on them” (para. 40). The situation in *Pères* resembled the one in the instant case. Because the negotiating parties agreed on the designation of the laboratories in accordance with the Framework Agreement and the Act, it is not possible for the physician to appeal that decision to a council of arbitration. The decision is binding on the physician in the same way that the Framework Agreement entered into by the parties is binding on him.

[57] Lastly, the arbitrator stated, although perhaps ambiguously, that Dr. Guérin [TRANSLATION] “cannot be allowed to ask a council of arbitration . . . to modify in respect to him the rules that the parties to the Framework Agreement, and they alone, negotiated” (para. 57). In our opinion, contrary to what both the Superior Court and the majority of the Court of Appeal maintained, and Dr. Guérin now argues, what the arbitrator meant by this was not that Dr. Guérin was attempting to modify the conditions set out in s. 4.2 of the Protocol. Moreover, that is not what Dr. Guérin was doing. What we understand from para. 57 is that the arbitrator was merely pointing out that if the council of arbitration were to review a decision with respect to recognition that had been negotiated jointly by the parties, it would be altering the substance of the rules the parties had validly established. From this perspective, he was right to say that Dr. Guérin was in fact trying to change the rules of the Framework Agreement. To conclude that the arbitrator erred in his characterization of the issue or by asking the wrong question is to read too much into the words of the arbitration award.

voulu la contester auprès de la Commission de la fonction publique (par. 22-24). La Commission a décliné compétence, étant d’avis qu’elle ne pouvait intervenir dans le processus de négociation qui avait été incorporé à la convention collective, conformément à la *Loi sur la fonction publique*, RLRQ, c. F-3.1.1 (par. 27-28). La Cour supérieure a confirmé la décision et conclu que les personnes représentées par leur syndicat étaient liées par l’entente et son processus de classement, et qu’elles ne pouvaient pas les contourner par voie de plainte auprès de la Commission (par. 37-38). Autrement dit, ces individus étaient « liés par cette entente en matière de classement au même titre qu’ils [auraient été] liés par une nouvelle convention collective » (par. 40). Il s’agit d’une situation similaire à celle considérée ici. Puisque les parties négociantes se sont entendues sur la désignation des laboratoires conformément à leur Accord-cadre et à la Loi, il n’est pas possible pour le médecin de remettre en question cette détermination devant un conseil d’arbitrage. Le médecin est lié par celle-ci de la même façon qu’il est lié par l’Accord-cadre intervenu entre les parties.

[57] Enfin, l’arbitre a affirmé, bien que de façon peut-être ambiguë, que le D<sup>r</sup> Guérin « ne peut pas être admis à demander à un conseil d’arbitrage de modifier, à son égard, les règles que les parties à l’Accord-cadre, et exclusivement elles, ont négocié[es] » (par. 57). À notre avis, contrairement à ce qu’ont soutenu la Cour supérieure et la majorité de la Cour d’appel, et que reprend le D<sup>r</sup> Guérin, l’arbitre ne laisse pas entendre par là que ce dernier tente de modifier les conditions énoncées à l’art. 4.2 du Protocole. Le D<sup>r</sup> Guérin ne le fait d’ailleurs pas. Selon nous, au par. 57, l’arbitre signale simplement que la remise en question, par le conseil d’arbitrage, d’une décision de reconnaissance négociée conjointement par les parties modifierait la nature des règles qu’elles ont valablement établies. En ce sens, il a raison d’affirmer que le D<sup>r</sup> Guérin tente bel et bien de changer les règles prévues à l’Accord-cadre. Conclure que l’arbitre aurait commis une erreur en qualifiant la question à trancher ou en se posant la mauvaise question fait dire à la sentence arbitrale ce qu’elle ne dit pas.

(2) The Effect of Accepting Dr. Guérin's Position Would Be an Untenable Increase in Numbers of Arbitration Cases

[58] Not only is Dr. Guérin's position not justified having regard to the Framework Agreement and the Act, but we also feel that accepting it would lead to consequences that the parties neither anticipated nor intended. Although the arbitrator did not discuss this in his decision, we note that if, as Dr. Guérin suggests, s. 54 of the Act were interpreted so as to authorize any physician affected by a decision resulting from the interpretation or the application of the Framework Agreement or any similar agreement to contest that decision before a council of arbitration individually, nothing would preclude another person affected by a similar decision from availing himself or herself of the same remedy, too. Thus, the thousands of medical specialists and other health professionals to whom the scheme of the Act applies could then have recourse to the arbitration mechanism.

[59] Furthermore, health institutions, and even third parties such as contractors or patients, could also have recourse to arbitration if a decision resulting from the interpretation or application of an agreement affected them directly. This would result in an untenable increase in numbers of arbitration cases under s. 54 of the Act. We cannot imagine that to have been the legislature's intention as regards the purpose and scope of that section.

*D. A Physician Who Feels Aggrieved Has a General Law Remedy*

[60] Finally, contrary to what the majority of the Court of Appeal asserted (at para. 35 of their reasons), Dr. Guérin is not without recourse. The courts would have jurisdiction if he were to allege that the Fédération had not properly discharged its duty of representation.

[61] In the general law of civil liability, an association that has, as the Fédération does, an exclusive

(2) Donner raison au D<sup>r</sup> Guérin entraînerait un accroissement intenable du recours à l'arbitrage

[58] Non seulement la thèse du D<sup>r</sup> Guérin ne se justifie pas au regard de l'Accord-cadre et de la Loi, mais nous estimons qu'y faire droit aurait aussi des conséquences que les parties n'ont ni envisagées ni voulues. Bien que l'arbitre n'ait pas soulevé ce point dans sa sentence, nous notons que, si comme le D<sup>r</sup> Guérin le suggère, l'art. 54 de la Loi était interprété de façon à autoriser tout médecin touché par une décision découlant de l'interprétation ou de l'application de l'Accord-cadre ou d'une entente similaire à contester individuellement cette décision devant un conseil d'arbitrage, rien n'empêcherait une autre personne touchée par une décision de même nature de se prévaloir elle aussi du recours. Ainsi, les milliers de médecins spécialistes et autres professionnels de la santé qui sont soumis au régime de la Loi pourraient alors avoir recours au mécanisme d'arbitrage.

[59] En outre, des établissements de santé, voire des tiers comme des entrepreneurs ou des patients, pourraient aussi avoir recours à l'arbitrage lorsqu'une décision résultant de l'interprétation ou de l'application d'une entente les toucherait directement. Il en résulterait un accroissement insoutenable du recours à l'arbitrage prévu à l'art. 54 de la Loi. Nous ne pouvons concevoir que telle ait été l'intention du législateur quant au but et à la portée de cet article.

*D. Le médecin qui s'estime lésé conserve un recours en droit commun*

[60] Enfin, contrairement à ce qu'affirme la majorité de la Cour d'appel (au par. 35 de ses motifs), le D<sup>r</sup> Guérin n'est pas dépourvu de tout recours. Les tribunaux de droit commun conservent leur compétence dans l'éventualité où il estimerait que la Fédération ne s'est pas bien acquittée de son obligation de représentation.

[61] Suivant le droit commun de la responsabilité civile, une association qui dispose, comme la

power of representation also has “a duty . . . to perform its representative function properly” (*Noël*, at para. 46; *Syndicat des techniciens et techniciennes du cinéma et vidéo du Québec v. Mancone*, [2002] R.J.Q. 2905 (C.A.)). This duty of representation “prohibits four types of conduct: bad faith, discrimination, arbitrary conduct and serious negligence” (*Noël*, at paras. 47-48; *Centre hospitalier Régina Ltée v. Labour Court*, [1990] 1 S.C.R. 1330, at pp. 1344-47). It originates in the general law, not just in the *Labour Code*, as the majority of the Court of Appeal seem to have said (para. 35). If Dr. Guérin can establish that the Fédération engaged in one of these types of conduct in its dealings with him, he will be entitled to bring an action against it in court and to be compensated for the resulting harm.

## VI. Conclusion

[62] In short, given that the negotiating parties chose to reserve for themselves the full discretion to decide on and designate the laboratories that will be eligible to receive the digitization fee, the arbitrator’s decision that this dispute was not one that could be submitted to arbitration under the Act was reasonable.

[63] It was also reasonable for the arbitrator to conclude that Dr. Guérin did not have standing to submit the notice of dispute to the council of arbitration. His decision was justified having regard to the Fédération’s monopoly of representation. It was also justified by the fact that no provision of either the Framework Agreement or the Act entitles a medical specialist to submit a dispute directly to a council of arbitration other than where the RAMQ has refused a payment or in a case involving a professional services contract with a health institution.

[64] The courts below accordingly erred in intervening to overturn the arbitration award. We would allow the appeal and restore the decision of the council of arbitration, with costs to the appellant in all courts.

Fédération, d’un pouvoir exclusif de représentation a aussi « une obligation d’exécuter correctement sa fonction représentative » (*Noël*, par. 46; *Syndicat des techniciens et techniciennes du cinéma et vidéo du Québec c. Mancone*, [2002] R.J.Q. 2905 (C.A.)). Ce devoir de représentation « interdit quatre types de conduite : la mauvaise foi, la discrimination, le comportement arbitraire et la négligence grave » (*Noël*, par. 47-48; *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, [1990] 1 R.C.S. 1330, p. 1344-1347). Il découle du droit commun, et non uniquement du *Code du travail* comme semble l’affirmer la majorité de la Cour d’appel (par. 35). Si le D<sup>r</sup> Guérin est en mesure d’établir que la Fédération a adopté l’une de ces conduites à son endroit, il lui est dès lors loisible d’intenter un recours contre elle devant les tribunaux de droit commun et d’être indemnisé du préjudice ainsi causé.

## VI. Conclusion

[62] En résumé, vu le choix des parties négociantes de se réserver l’entière discrétion de déterminer et de désigner les laboratoires admissibles au versement de l’honoraire de numérisation, la sentence de l’arbitre selon laquelle il ne s’agit pas d’un différend arbitral au sens de la Loi est raisonnable.

[63] Il lui était également raisonnable de conclure que le D<sup>r</sup> Guérin n’avait pas l’intérêt requis pour soumettre cet avis de différend au conseil d’arbitrage. Sa décision se justifie au regard du monopole de représentation de la Fédération. Elle est également justifiée par le fait qu’aucune disposition de l’Accord-cadre ou de la Loi ne permet à un médecin spécialiste de soumettre un différend directement au conseil d’arbitrage, sauf pour refus de paiement de la RAMQ ou relativement à un contrat de services professionnels conclu avec un établissement de santé.

[64] En conséquence, les cours inférieures sont intervenues à tort pour renverser la sentence arbitrale. Nous sommes d’avis d’accueillir l’appel et de rétablir la décision du conseil d’arbitrage, avec dépens en faveur de l’appelante devant toutes les cours.

The following are the reasons delivered by

[65] BROWN AND ROWE JJ. — We have read the reasons of our colleagues, Wagner and Gascon JJ. While we agree in the result, we see the matters of the council of arbitration’s jurisdiction and of Dr. Guérin’s standing before the council differently.

[66] In brief, we are of the view that the issue of the capacity of the arbitrator to hear Dr. Guérin’s matter raised a question of jurisdiction, not of arbitrability. Applying the standard of correctness, we find that the arbitrator erred in concluding that he did not have jurisdiction to hear the matter. As to the matter of Dr. Guérin’s standing, we agree with our colleagues Wagner and Gascon JJ. that the arbitrator’s decision on this point is reviewable for reasonableness and that it was reasonable, but we approach the identification of the appropriate standard of review from a different starting point. In our view, standing questions become jurisdictional where the tribunal is confined by the terms of its statutory grant of authority to hear only from a certain class of complainants. Because this was not the case here, reasonableness review is appropriate.

[67] We also agree with our colleagues that, as this Court said in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 59, questions of jurisdiction or *vires* refer to “the narrow sense of whether or not the tribunal had the authority to make the inquiry”. Identifying questions of jurisdiction is therefore, on this Court’s jurisprudence, a straightforward matter: they arise “where the tribunal must explicitly determine whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter” (*Dunsmuir*, at para. 59).

[68] We acknowledge that the Court has also observed, in *obiter dicta*, that “[s]ince *Dunsmuir*, [it] has not identified a single true question of

Version française des motifs rendus par

[65] LES JUGES BROWN ET ROWE — Nous avons pris connaissance des motifs des juges Wagner et Gascon. Bien que nous souscrivions au résultat auquel arrivent nos collègues, nous abordons différemment la question de la compétence du conseil d’arbitrage et celle de l’intérêt pour agir du D<sup>r</sup> Guérin devant ce dernier.

[66] Nous estimons en somme que le pouvoir de l’arbitre d’entendre ou non la contestation du D<sup>r</sup> Guérin soulève une question de compétence, et non d’arbitrabilité. Suivant la norme de la décision correcte, nous sommes d’avis que l’arbitre a eu tort de conclure qu’il n’avait pas compétence pour entendre l’affaire. En ce qui concerne l’intérêt pour agir du D<sup>r</sup> Guérin, nous convenons avec nos collègues les juges Wagner et Gascon que la décision de l’arbitre est susceptible de contrôle selon la norme de la raisonnable et qu’elle est raisonnable, mais le point de départ de notre détermination de la norme de contrôle applicable diffère. À notre sens, une question relative à l’intérêt pour agir constitue une question de compétence lorsque, suivant le libellé de sa loi habilitante, le tribunal administratif a seulement le pouvoir de se saisir de demandes de plaignants d’une catégorie donnée. Comme ce n’est pas le cas en l’espèce, un contrôle selon la norme de la décision raisonnable s’impose.

[67] Nous convenons également avec nos collègues que, comme le dit la Cour dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 59, la compétence s’entend « au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question ». Décider à partir de la jurisprudence de la Cour qu’une question donnée en est une de compétence ou non est assez simple : il y a question de compétence lorsque « le tribunal administratif doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l’a investi l’autorisent à trancher une question » (*Dunsmuir*, par. 59).

[68] Nous reconnaissons que la Cour dit par ailleurs, dans une remarque incidente, que « [d]epuis *Dunsmuir*, [elle] n’[a] relevé aucune [véritable

jurisdiction” or “seen such a situation” (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paras. 34-35). The reason for this may be that an administrative tribunal’s jurisdiction (decisions on which are reviewable for *correctness*) is established and confined by its enabling (“home”) statute (the interpretation of which is presumptively reviewable for *reasonableness*). While, as we make clear below, we do not in these reasons presume to cut this Gordian knot, we maintain that the mere fact that this Court has not discerned a question of jurisdiction since *Dunsmuir* does not mean that such questions have ceased to exist, nor that we should be blind to one when it clearly manifests itself. Indeed, the consequences of failing to identify a jurisdictional question as such are serious: “as a matter of either constitutional law or legislative intent, a tribunal must be correct on certain issues in the sense that the courts and not the tribunal have the last word on what is ‘correct’” (*Alberta Teachers’ Association*, at para. 94, per Cromwell J., concurring). This “core principl[e]” of judicial review was laid down by the Court in *Dunsmuir*:

Administrative powers are exercised by decision makers according to statutory regimes that are themselves confined. A decision maker may not exercise authority not specifically assigned to him or her. By acting in the absence of legal authority, the decision maker transgresses the principle of the rule of law. Thus, when a reviewing court considers the scope of a decision-making power or the jurisdiction conferred by a statute, the standard of review analysis strives to determine what authority was intended to be given to the body in relation to the subject matter. This is done within the context of the courts’ constitutional duty to ensure that public authorities do not overreach their lawful powers . . . . [para. 29]

[69] Here, the arbitrator saw his capacity to hear Dr. Guérin’s matter as raising precisely that — a question of jurisdiction (arbitration award, at paras. 31 and 34, reproduced in A.R., at p. 25) — as did Grenier J. at the Superior Court (2013 QCCS 6950, at paras. 17-19 (CanLII)), the majority at the

question de compétence] » ou qu’« aucune ne s’est présentée » (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34-35). La raison en est peut-être que la compétence d’un tribunal administratif (la décision s’y rapportant étant assujettie à la norme de la décision *correcte*) est établie et circonscrite par sa loi habilitante (ou « constitutive ») (dont l’interprétation est présumée emporter l’application de la norme de la décision *raisonnable*). Comme nous l’indiquons clairement ci-après, nous n’avons pas la prétention, dans les présents motifs, de trancher ce nœud gordien. Nous estimons cependant que le seul fait que la Cour n’a relevé aucune question de compétence depuis *Dunsmuir* ne signifie pas que ce genre de question a cessé d’exister ni que nous devons faire fi d’une telle question lorsqu’elle se présente clairement. L’omission de reconnaître l’existence d’une question de compétence est en effet lourde de conséquences : « suivant le droit constitutionnel ou l’intention du législateur, la décision du tribunal administratif sur certaines questions doit être correcte, et ce sont les cours de justice qui décident en dernier ressort quelle est la décision “correcte” » (*Alberta Teachers’ Association*, par. 94, le juge Cromwell, motifs concordants). Ce « principl[e] fundamenta[l] » du contrôle judiciaire est énoncé par la Cour dans *Dunsmuir* :

Les décideurs administratifs exercent leurs pouvoirs dans le cadre de régimes législatifs qui sont eux-mêmes délimités. Ils ne peuvent exercer de pouvoirs qui ne leur sont pas expressément conférés. S’ils agissent sans autorisation légale, ils portent atteinte au principe de la primauté du droit. C’est pourquoi lorsque la cour de révision se penche sur l’étendue d’un pouvoir décisionnel ou de la compétence accordée par la loi, l’analyse relative à la norme de contrôle vise à déterminer quel pouvoir le législateur a voulu donner à l’organisme en la matière. Elle le fait dans le contexte de son obligation constitutionnelle de veiller à la légalité de l’action administrative . . . . [par. 29]

[69] En l’espèce, l’arbitre a considéré que son pouvoir de connaître de la contestation du D<sup>r</sup> Guérin soulevait précisément une question de compétence (sentence arbitrale, par. 31 et 34, reproduits dans le d.a., p. 25). Le juge Grenier de la Cour supérieure (2013 QCCS 6950, par. 17-19 (CanLII)), les juges



Court of Appeal (2015 QCCA 1726, at paras. 27 and 42 (CanLII)) and the dissenting judge at the Court of Appeal (para. 85). It is difficult to see the question otherwise, as it involved, in the language of *Dunsmuir*, “the tribunal . . . explicitly determin[ing] whether its statutory grant of power g[ave] it the authority to decide a particular matter” (para. 59).

[70] Our colleagues Wagner and Gascon JJ., however, say that jurisdiction was not at issue here; rather, they view the matter as one of arbitrability. It is true that an issue is not arbitrable before a tribunal that has no jurisdiction to hear it. That said, arbitrability is distinct from jurisdiction and standing. Jurisdiction is about who has competence to decide what issues. Standing is about who can participate in the proceedings. Arbitrability, however, is akin to justiciability, in that it goes to whether the issue is capable of being considered legally and determined by the application of legal principles and techniques (by, in this case, the arbitrator). In our respectful view, the majority risks undermining the coherence of the analytical structure in administrative law by mischaracterizing questions of jurisdiction and standing as questions of arbitrability. The question of whether the arbitrator had the authority to decide on Dr. Guérin’s matter was, as we say and as this Court’s own jurisprudence demonstrates, clearly jurisdictional.

[71] It follows that the arbitrator had to answer this question correctly (*Dunsmuir*, at para. 59; D. J. M. Brown and J. M. Evans, with the assistance of D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at topics 14:4331 and 14:4521). And, in our view, in declining to hear Dr. Guérin’s matter, he did not. By s. 54 of the *Health Insurance Act*, CQLR, c. A-29, the Quebec National Assembly gave the council of arbitration exclusive jurisdiction to hear “dispute[s] resulting from the interpretation or application of an agreement”. The matter raised by Dr. Guérin — specifically, a dispute concerning how the agreement between the Fédération des médecins spécialistes du

majoritaires de la Cour d’appel (2015 QCCA 1726, par. 27 et 42 (CanLII)) et la juge dissidente de la Cour d’appel (par. 85) opinent dans le même sens. Il est difficile d’y voir un autre type de question étant donné qu’il s’agit, pour reprendre les termes employés dans *Dunsmuir*, de « . . . déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur [a] investi [le tribunal administratif] l’autoris[ai]ent à trancher une question » (par. 59).

[70] Or, selon nos collègues les juges Wagner et Gascon, la compétence ne serait pas en cause dans la présente affaire; il s’agirait plutôt d’une question d’arbitrabilité. Une question n’est certes pas arbitrable devant un tribunal administratif dépourvu du pouvoir de statuer sur elle. Cela dit, il faut distinguer l’arbitrabilité de la compétence et de l’intérêt pour agir. La compétence s’intéresse à qui peut trancher quoi. L’intérêt pour agir s’intéresse à qui peut prendre part à une instance. L’arbitrabilité, elle, s’apparente à la justiciabilité en ce qu’il s’agit de savoir si une question peut ou non faire l’objet d’un examen au regard du droit et être tranchée (en l’espèce, par l’arbitre) par application de principes et de techniques juridiques. À notre humble avis, les juges majoritaires risquent de miner la cohérence du cadre analytique propre au droit administratif en tenant à tort une question de compétence ou d’intérêt pour agir pour une question d’arbitrabilité. Selon nous et suivant la jurisprudence de la Cour, la question de savoir si l’arbitre avait le pouvoir d’entendre la contestation du D<sup>r</sup> Guérin constitue nettement une question de compétence.

[71] L’arbitre devait donc statuer correctement sur cette question (*Dunsmuir*, par. 59; D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec l’appui de D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), sujets 14:4331 et 14:4521). Or, selon nous, en refusant d’entendre la contestation du D<sup>r</sup> Guérin, il n’a pas statué correctement. Par l’adoption de l’art. 54 de la *Loi sur l’assurance maladie*, RLRQ, c. A-29, l’Assemblée nationale du Québec a investi le conseil d’arbitrage du pouvoir exclusif d’entendre tout « différend qui résulte de l’interprétation ou de l’application d’une entente ». La contestation du D<sup>r</sup> Guérin, qui découle d’un différend sur l’application à son établissement de l’entente liant la

Québec (“Fédération”) and the Minister of Health and Social Services (“Minister”) operated with respect to his facility — was clearly a “dispute resulting from the interpretation or application of an agreement”.

[72] But who can bring such a dispute to arbitration? Were this dispute between the Minister and the Fédération, either would have standing to do so. Does, however, Dr. Guérin have standing to bring a “dispute resulting from the interpretation or application of an agreement” to arbitration? Our colleagues Wagner and Gascon JJ. say that the arbitrator’s decision that Dr. Guérin did not have standing is reviewable for reasonableness, and that it was reasonable. We agree. Their reasons, however, in our respectful view, elide two important points: first, questions of standing *can* be jurisdictional (in which case decisions thereon are reviewable for correctness); and second, this being so, further explanation of why the arbitrator’s decision on standing was reviewable for reasonableness is called for.

[73] The first point is straightforward. Standing is often described as raising a question of jurisdiction:

Administrative adjudicators must comply with the terms of their statutory grants of authority. On occasion, it may be necessary for a tribunal to determine *explicitly* whether or not the grant authorizes it to decide a particular matter. When this situation arises, as where there are two intersecting administrative schemes, or there is a question of an applicant’s standing to institute proceedings, whether or not a claim is statute-barred, the resulting decision will usually be subject to review by the courts on the “correctness” standard of review. [Footnotes omitted; underlining added.]

(Brown and Evans, at topic 14:4331)

[74] Similarly, in *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309, at para. 10, this Court described a question of standing as “jurisdictional”.

Fédération des médecins spécialistes du Québec (« Fédération ») et le ministre de la Santé et des Services sociaux (« Ministre »), constitue manifestement un « différend qui résulte de l’interprétation ou de l’application d’une entente ».

[72] Mais qui peut soumettre un tel différend à l’arbitrage? Si le différend opposait le Ministre à la Fédération, tous deux auraient intérêt pour agir. Le D<sup>r</sup> Guérin a-t-il, lui, intérêt pour soumettre à l’arbitrage un « différend qui résulte de l’interprétation ou de l’application d’une entente »? De l’avis de nos collègues les juges Wagner et Gascon, la décision de l’arbitre selon laquelle le D<sup>r</sup> Guérin n’a pas intérêt pour agir est susceptible de contrôle selon la norme de la raisonabilité et elle est raisonnable. Nous sommes d’accord. Nous estimons toutefois que leurs motifs font abstraction de deux éléments importants. Premièrement, une question relative à l’intérêt pour agir *peut* constituer une question de compétence (auquel cas la décision devient susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte). Deuxièmement, et par conséquent, il convient d’étouffer les raisons pour lesquelles la décision de l’arbitre quant à l’intérêt pour agir est en l’espèce susceptible de contrôle au regard de la norme de la raisonabilité.

[73] Le premier élément est assez simple. On dit souvent de l’intérêt pour agir qu’il soulève une question de compétence :

[TRADUCTION] Un tribunal administratif doit se conformer à sa loi habilitante. Il peut arriver qu’il doive décider *explicitement* si celle-ci confère ou non le pouvoir de statuer sur une question en particulier. Dans ce cas, comme lorsque, par exemple, deux régimes administratifs se chevauchent ou lorsque la question est de savoir si un demandeur a intérêt pour engager une instance, qu’il y ait prescription ou non, la décision rendue est alors habituellement susceptible de contrôle par une cour de justice selon la norme de la « décision correcte ». [Notes en bas de page omises; nous soulignons.]

(Brown et Evans, sujet 14:4331)

[74] De même, dans *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309, par. 10, la Cour dit de l’intérêt pour agir qu’il relève de la « compétence ».

Our colleagues Wagner and Gascon JJ., citing *Alberta Teachers' Association*, at para. 33, say that the Court's conclusion in *Northrop Grumman* was the product of "pre-*Dunsmuir* jurisprudence applying a correctness standard to this type of decision, not on the Court finding a true question of jurisdiction" (para. 35). With great respect, this explanation is simply not grounded in a tenable reading of *Northrop Grumman*. While the Court did indeed look in that case to pre-*Dunsmuir* jurisprudence, its conclusion that the matter raised a question of jurisdiction was expressed with exclusive reference to the nature of the question posed: "The issue on this appeal is jurisdictional in that it goes to whether the [Canadian International Trade Tribunal] can hear a complaint initiated by a non-Canadian supplier under the [Agreement on Internal Trade]. Accordingly, the standard of review is correctness" (para. 10 (emphasis added)).

[75] We also acknowledge that, as our colleagues observe, by referring to a decision of the Federal Court of Appeal, the case law cited by the authors Brown and Evans in support of their statement that questions of standing are jurisdictional is inconsistent. This is unsurprising, as the jurisprudence is indeed inconsistent, having injected confusion even into the definition of a question of jurisdiction itself. (Contrast *Dunsmuir*, at para. 59 ("true jurisdiction questions arise where the tribunal must explicitly determine whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter") with *Alberta Teachers' Association*, at para. 42 ("I am unable to provide a definition of what might constitute a true question of jurisdiction").)

[76] But again, none of this means that questions of jurisdiction have ceased to exist. While our colleagues do not suggest otherwise, their reasons do not explain precisely *why* the question of Dr. Guérin's standing is *not* jurisdictional — or, more precisely, why the presumption, stated by the majority in *Alberta Teachers' Association*, that this is not a question of jurisdiction but rather a question

Citant le par. 33 d'*Alberta Teachers' Association*, nos collègues les juges Wagner et Gascon affirment que, dans *Northrop Grumman*, la Cour tire sa conclusion « en suivant une jurisprudence [. . .] antérieure à *Dunsmuir*, qui applique cette norme au type de décision en cause, et non en relevant une question qui touche véritablement à la compétence » (par. 35). Soit dit en tout respect, cette explication ne prend pas du tout appui sur une interprétation défendable de *Northrop Grumman*. Dans cette affaire, la Cour a certes considéré la jurisprudence antérieure à *Dunsmuir*, mais sa conclusion selon laquelle une question de compétence était soulevée ne s'appuyait que sur la nature de la question en cause : « En l'espèce, la Cour est saisie d'une question de compétence étant donné qu'il s'agit de décider si le [Tribunal canadien du commerce extérieur] peut entendre une plainte présentée en vertu de l'[Accord sur le commerce intérieur] par un fournisseur non canadien. Par conséquent, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte » (par. 10 (nous soulignons)).

[75] À l'instar de nos collègues qui le font observer en se référant à un arrêt de la Cour d'appel fédérale, nous reconnaissons également que la jurisprudence invoquée par les auteurs Brown et Evans pour affirmer que l'intérêt pour agir relève de la compétence est contradictoire. Ce n'est guère étonnant, car la jurisprudence est effectivement contradictoire et a semé la confusion en ce qui concerne la définition même d'une question de compétence. (Il suffit de comparer l'énoncé du par. 59 de *Dunsmuir* (« une véritable question de compétence se pose lorsque le tribunal administratif doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question ») à celui du par. 42 d'*Alberta Teachers' Association* (« je ne peux offrir de définition quant à ce qui peut constituer une question touchant véritablement à la compétence »).)

[76] Mais là encore, on ne peut en conclure que les questions de compétence ont cessé d'exister. Nos collègues ne disent pas le contraire, mais leurs motifs ne précisent pas *en quoi* l'intérêt pour agir du D<sup>r</sup> Guérin n'est pas une question de compétence ou, de manière encore plus circonscrite, en quoi la présomption établie par les juges majoritaires dans *Alberta Teachers' Association* et voulant qu'il ne

of statutory interpretation, was not rebutted. Nor do they explain what would have been required to rebut it. Of course, this is precisely the difficulty which Cromwell J. identified in his concurring reasons in *Alberta Teachers' Association*:

My colleague suggests that true questions of jurisdiction or *vires* arise so rarely when a tribunal is interpreting its home statute that it may be asked whether “the category of true questions of jurisdiction exists” and further that “the interpretation by the tribunal of ‘its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity’ should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review” (para. 34). There is no indication of how, if at all, this presumption could be rebutted. I have two difficulties with this position.

The first difficulty concerns elevating to a virtually irrefutable presumption the general guideline that a tribunal’s interpretation of its “home” statute will not often raise a jurisdictional question. This goes well beyond saying that “[d]eference will usually result” with respect to such questions (as in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 54) or that “courts should usually defer when the tribunal is interpreting its own statute and will only exceptionally apply a correctness standard when interpretation of that statute raises a broad question of the tribunal’s authority” (as in *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at para. 34). . . . Creating a presumption without providing guidance on how one could tell whether it has been rebutted does not, in my respectful view, provide any assistance to reviewing courts. The second difficulty concerns the suggestion that jurisdictional questions may not in fact exist at all. Respectfully, these propositions undermine the foundation of judicial review of administrative action. [Underlining added; paras. 91 and 92.]

[77] To be clear, we do not doubt the authority of *Alberta Teachers' Association* as a decision of this Court. Rather, we point out that its application is logically and practically impeded by the unresolved

s’agisse pas d’une question de compétence, mais bien d’une question d’interprétation législative, n’est pas réfutée. Ils omettent aussi d’expliquer ce qu’il aurait fallu pour la réfuter. Telle est évidemment la difficulté même que relève le juge Cromwell dans *Alberta Teachers' Association* (motifs concordants) :

Mon collègue laisse entendre qu’il arrive si rarement qu’un tribunal administratif appelé à interpréter sa loi constitutive soit saisi d’une question touchant véritablement à la compétence qu’il est permis de se demander si « la catégorie des véritables questions de compétence existe », et il ajoute qu’« il convient de présumer que l’interprétation par un tribunal administratif de “sa propre loi constitutive ou [d’]une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie” est une question d’interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire » (par. 34). Nulle précision n’est donnée quant à la manière dont cette présomption peut être réfutée, si toutefois elle peut l’être. Je vois là deux difficultés.

La première tient à ce qu’on élève au rang de présomption pour ainsi dire irréfutable l’énoncé général voulant que l’interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive soulève rarement une question de compétence. C’est aller beaucoup plus loin que ne le fait notre Cour lorsqu’elle affirme (dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54) que « la déférence est habituellement de mise » à cet égard ou (dans *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 34) que « la déférence est habituellement de mise lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive et [qu’]il convient d’appliquer la norme de la décision correcte uniquement dans des cas exceptionnels, c’est-à-dire lorsque l’interprétation de cette loi soulève la question générale de la compétence du tribunal ». [ . . . ] Soit dit en tout respect, la création d’une présomption sans précision de la manière dont on peut déterminer si elle est réfutée ou non n’aide en rien les cours siégeant en révision. En deuxième lieu, je ne peux convenir que les questions de compétence pourraient en fait ne pas exister du tout. Avec tout le respect que je dois à mon collègue, ces propos minent l’assise du contrôle judiciaire des actes de l’Administration. [Nous soulignons; par. 91-92.]

[77] Nous ne mettons pas en doute l’autorité de l’arrêt *Alberta Teachers' Association*. Nous constatons plutôt que son application est entravée sur les plans logique et pratique par le problème non

problem — indeed, the analytical incoherence — which Cromwell J. identified therein, and of which this case presents an obvious instance. As we say, we do not presume to cut this Gordian knot here; and nor do our colleagues. We maintain, however, that it follows from the foregoing, particularly the statements of this Court in *Dunsmuir* and *Northrop Grumman*, and from the commentary on the subject, that more needs to be said than our colleagues say about why Dr. Guérin’s standing does not raise a jurisdictional question. It is not, again with respect, solely a matter of home statutes, presumed expertise and deference. Otherwise, reasonableness review of the arbitrator’s decision on Dr. Guérin’s standing would operate in marked tension with this Court’s statement in *Northrop Grumman*. The two must be reconciled.

[78] As this Court stressed in *Dunsmuir*, “determining the applicable standard of review is accomplished by establishing legislative intent” (para. 30). A court determining the standard of review to be applied to an administrative tribunal’s decision on a question of standing must therefore examine the text of the statutory grant of power. In *Northrop Grumman*, for instance, the standing issue was whether a non-Canadian supplier could bring a complaint regarding military procurement under the *Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C. 1985, c. 47 (4th Supp.). The Court resolved this issue by first looking to s. 30.11(1) of that Act, which provides that “a potential supplier may file a complaint with the Tribunal concerning any aspect of the procurement process that relates to a designated contract and request the Tribunal to conduct an inquiry into the complaint”. It then noted that s. 3(1) of the *Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations*, SOR/93-602, further provides that a “designated contract” is one described in certain trade agreements, including the *Agreement on Internal Trade*, (1995) 129 Can. Gaz. I, 1323, which requires that the supplier under a “designated contract” be a “Canadian supplier”.

résolu — l’incohérence d’ordre analytique en fait — que le juge Cromwell y relève et qui se présente manifestement en l’espèce. Rappelons que nous n’avons pas la prétention de trancher ce nœud gordien en l’espèce, et nos collègues non plus. Cependant, au vu de ce qui précède, en particulier les énoncés de la Cour dans les arrêts *Dunsmuir* et *Northrop Grumman*, et de la doctrine sur le sujet, nous croyons qu’il faut étoffer les motifs pour lesquels nos collègues estiment que l’intérêt pour agir du D’Guérin ne constitue pas une question de compétence. Soit dit encore en tout respect, ce n’est pas seulement une affaire de loi habilitante, d’expertise présumée et de déférence, car sinon contrôler la décision de l’arbitre concernant l’intérêt pour agir du D’Guérin selon la norme de la raisonabilité irait manifestement à l’encontre de l’opinion de la Cour dans *Northrop Grumman*. Les deux doivent être conciliés.

[78] Dans *Dunsmuir*, la Cour signale que « la norme de contrôle applicable [est déterminée] en fonction de l’intention du législateur » (par. 30). La cour de justice appelée à déterminer la norme de contrôle applicable à la décision d’un tribunal administratif sur l’intérêt pour agir doit donc examiner le libellé de la disposition habilitante. Dans *Northrop Grumman*, par exemple, la question qui se posait sur le plan de l’intérêt pour agir était celle de savoir si un fournisseur non canadien pouvait, sous le régime de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985, c. 47 (4<sup>e</sup> suppl.), présenter une plainte concernant un marché public de produits militaires. Pour trancher, la Cour examine d’abord le par. 30.11(1), qui dispose que « [t]out fournisseur potentiel peut [. . .] déposer une plainte auprès du Tribunal concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d’enquêter sur cette plainte ». Elle relève ensuite que suivant le par. 3(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, DORS/93-602, un « contrat spécifique » est un contrat visé par certains accords commerciaux, dont l’*Accord sur le commerce intérieur*, (1995) 129 Gaz. Can. I, 1323, lequel exige que, dans un « contrat spécifique », le fournisseur soit un « fournisseur canadien ».

[79] The significance of the foregoing is this: the statutory grant in *Northrop Grumman*, taken together with its regulations and the *Agreement on Internal Trade* which those regulations referentially incorporated, explicitly restricted the class of suppliers which could bring a complaint. This is what made standing a jurisdictional question in that case: the tribunal was confined by the terms of its grant to hear only from a certain class of complainants. For the tribunal to have heard from anyone else would have exceeded the scope of its grant, thereby amounting to jurisdictional error.

[80] This brings us to the reason why the matter of Dr. Guérin's standing to appear before the council of arbitration in this case does not present a question of jurisdiction. Recall that the arbitrator's statutory grant of power is contained in s. 54 of the *Health Insurance Act* which reads, in relevant part:

A dispute resulting from the interpretation or application of an agreement is submitted to a council of arbitration, to the exclusion of any court of civil jurisdiction.

[81] The passive text in s. 54 of "is submitted" ("*est soumis*"), unaccompanied by any qualification upon who *does* the actual "submitting", stands in contrast to the language of the statutory grant in *Northrop Grumman* ("Canadian supplier"). The arbitrator's decision on Dr. Guérin's standing was, as our colleagues Wagner and Gascon JJ. say, reviewable for reasonableness, but principally because the jurisdiction of councils of arbitration is not statutorily confined under s. 54 to hearing matters brought from certain classes of persons.

[82] One final point. While we agree with our colleagues that the arbitrator's decision regarding Dr. Guérin's standing was reasonable, we do not share their "floodgates" concern (paras. 58-59) arising from the potential proliferation of matters coming before councils of arbitration should Dr. Guérin

[79] Ce qu'il faut retenir de ce qui précède est que la disposition qui conférait au tribunal administratif son pouvoir dans *Northrop Grumman*, de pair avec le règlement et l'*Accord sur le commerce intérieur* incorporé par renvoi par ce règlement, restreignait expressément la catégorie des fournisseurs admis à présenter une plainte. C'est pourquoi, dans cette affaire, l'intérêt pour agir soulevait une question de compétence : *le libellé de la disposition qui lui conférait son pouvoir* permettait seulement au tribunal administratif de se saisir des plaintes d'une catégorie de personnes donnée. S'il avait entendu la plainte de qui que ce soit d'autre, il aurait outrepassé son pouvoir, ce qui aurait constitué une erreur touchant à la compétence.

[80] Cela nous amène à la raison pour laquelle l'intérêt pour agir du D<sup>r</sup> Guérin vis-à-vis du conseil d'arbitrage ne soulève pas en l'espèce une question de compétence. Il faut se souvenir que l'arbitre tire son pouvoir de l'art. 54 de la *Loi sur l'assurance maladie*, dont voici le passage pertinent :

Un différend qui résulte de l'interprétation ou de l'application d'une entente est soumis à un conseil d'arbitrage, exclusivement à tout tribunal de juridiction civile.

[81] La forme passive — « est soumis » (en anglais, « *is submitted* ») — est employée sans précision de l'identité de la partie *qui* « soumet » le différend, contrairement à ce qui est le cas dans la disposition en cause dans *Northrop Grumman* (un « fournisseur canadien »). Ainsi, la décision de l'arbitre concernant l'intérêt pour agir du D<sup>r</sup> Guérin est, comme l'affirment nos collègues les juges Wagner et Gascon dans leurs motifs, susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable, mais elle l'est principalement parce que, aux termes de l'art. 54, le pouvoir d'un conseil d'arbitrage ne se limite pas à entendre les différends soumis par une catégorie de personnes en particulier.

[82] Une dernière remarque s'impose. Bien que nous convenions avec nos collègues du caractère raisonnable de la décision de l'arbitre sur l'intérêt pour agir du D<sup>r</sup> Guérin, nous ne partageons pas leur crainte d'un accroissement insoutenable du recours à l'arbitrage (par. 58-59) advenant que le D<sup>r</sup> Guérin

be granted standing. While they see this as militating against granting standing, we respectfully see this concern as tending to cut the other way. The more persons who are placed in the difficult position in which Dr. Guérin finds himself, the more compelling the basis for allowing him and others to have their disputes heard by an impartial decision-maker.

English version of the reasons delivered by

[83] CÔTÉ J. (dissenting) — I cannot improve on what my colleagues Brown and Rowe JJ. say on the standard of review to be applied with respect to the arbitrator’s jurisdiction. I therefore concur with them on that issue. In other words, I am of the opinion that the determination of whether it was open to the arbitrator to hear the case of the respondent, Dr. Ronald Guérin, raises a true question of jurisdiction, and that the appropriate standard in this regard is correctness. I agree with Brown and Rowe JJ. that the arbitrator erred in concluding that he did not have jurisdiction to hear the case before him.

[84] I have also read what my colleagues Brown and Rowe JJ. say on the standard of review to be applied on the issue of the respondent’s standing, but in my view, their reasoning should have led them to conclude that, in this case, the appropriate standard in this regard is correctness. There are circumstances in which the issue of standing is a question of jurisdiction, and in such a case, the appropriate standard of review is correctness (*Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309, at para. 10). In the case at bar, I am of the opinion that whether the respondent had standing is a question of jurisdiction, because the arbitrator’s interpretation of the *Health Insurance Act*, CQLR, c. A-29 (“HIA”), and the *Accord-cadre entre le ministre de la Santé et des Services sociaux et la Fédération des médecins spécialistes du Québec aux fins de l’application de la Loi sur l’assurance maladie* (“Framework Agreement”) leads to the conclusion that he cannot hear any dispute submitted by a medical specialist, except one with respect to fees.

se voie reconnaître l’intérêt pour agir. Cette éventualité milite selon eux contre la reconnaissance de l’intérêt pour agir alors que, selon nous, elle milite en sa faveur. En effet, plus il y a de personnes dans la situation difficile où se trouve le D<sup>r</sup> Guérin, plus il est impérieux de permettre que leurs différends soient soumis à un décideur impartial.

Les motifs suivants ont été rendus par

[83] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — Je ne saurais mieux dire que mes collègues les juges Brown et Rowe en ce qui a trait à la détermination de la norme de contrôle applicable à la question de la compétence de l’arbitre. Je souscris donc à leurs motifs quant à cette question. En d’autres mots, je suis d’avis que la question de savoir si l’arbitre pouvait entendre l’affaire de l’intimé, le D<sup>r</sup> Ronald Guérin, soulève une question véritable de compétence, et que c’est la norme de la décision correcte qui s’y applique. Comme les juges Brown et Rowe, je suis d’avis que l’arbitre a erré en concluant qu’il n’avait pas la compétence pour entendre l’affaire dont il était saisi.

[84] J’ai également pris connaissance de la discussion par mes collègues les juges Brown et Rowe portant sur la détermination de la norme de contrôle applicable à la question de l’intérêt de l’intimé pour agir, sauf qu’à mon avis, sur la base de leur raisonnement, ils auraient dû conclure que la norme applicable en l’espèce à la question de l’intérêt pour agir est celle de la décision correcte. En effet, la question de l’intérêt pour agir peut parfois en être une de compétence, auquel cas la norme de révision applicable est celle de la décision correcte (*Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309, par. 10). En l’espèce, je suis d’avis que la question de l’intérêt pour agir en est une de compétence puisqu’ici, selon l’interprétation que fait l’arbitre de la *Loi sur l’assurance maladie*, RLRQ, c. A-29 (« LAM »), et de l’*Accord-cadre entre le ministre de la Santé et des Services sociaux et la Fédération des médecins spécialistes du Québec aux fins de l’application de la Loi sur l’assurance maladie* (« Accord-cadre »), il ne peut entendre un différend logé par un médecin spécialiste, sauf s’il s’agit d’un différend relatif à une contestation d’honoraires.

[85] However, even if the reasonableness standard is applied on this issue, I am of the opinion that the arbitrator erred in concluding that the respondent did not have standing in this case. The only point of contention between myself and Brown and Rowe JJ. that merits further discussion thus relates to the review of the arbitrator’s decision on whether the respondent had standing.

A. *The Arbitrator’s Decision Is Unreasonable*

[86] In applying the reasonableness standard, this Court must determine whether the arbitrator’s decision is justified, transparent and intelligible, as well as whether it falls within a range of “possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 47). In my opinion, this question must be answered in the negative: the arbitrator’s decision is not defensible in respect either of the facts or of the law.

[87] More specifically, the arbitrator’s conclusion that the respondent did not have standing to submit his dispute is unreasonable insofar as it is based on (1) a mischaracterization of the nature of the dispute and (2) a misinterpretation of s. 54 of the HIA.

(1) The Arbitrator’s Conclusion Is Based on a Mischaracterization of the Nature of the Dispute

[88] My colleagues Wagner and Gascon JJ. state that “the arbitrator concluded that the subject matter of Dr. Guérin’s proceeding was a declaration recognizing the laboratories for the period at issue in the application” and that, “[i]n considering the motion for judicial review, the Superior Court and the Court of Appeal were limited to determining whether the arbitration award was reasonable, including in relation to the subject matter of the dispute” (paras. 39 and 41). They thus appear to be suggesting that the determination of the subject matter of a dispute is binding on the courts and that such a determination is not subject to judicial review. Yet it is clear that judicial review is appropriate where an administrative decision maker

[85] Toutefois, toujours sur cette question, même en appliquant la norme de contrôle de la décision raisonnable, je suis d’avis que l’arbitre a erré en concluant que l’intimé n’avait pas l’intérêt pour agir en l’espèce. Le seul point de discordance avec les juges Brown et Rowe qui mérite d’être discuté plus longuement porte donc sur le contrôle de la décision de l’arbitre au sujet de l’intérêt pour agir de l’intimé.

A. *La décision de l’arbitre est déraisonnable*

[86] Sous la norme de contrôle de la décision raisonnable, cette Cour doit déterminer si la décision de l’arbitre est justifiée, transparente et intelligible, ainsi que si elle appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 47). À mon avis, il faut répondre par la négative à cette question : la décision de l’arbitre ne se justifie ni au regard des faits ni au regard du droit.

[87] Plus précisément, la conclusion de l’arbitre selon laquelle l’intimé n’avait pas l’intérêt pour longer son différend est déraisonnable dans la mesure où elle se fonde (1) sur une caractérisation erronée de la nature du différend et (2) sur une interprétation erronée de l’art. 54 de la LAM.

(1) La conclusion de l’arbitre est fondée sur une caractérisation erronée de la nature du différend

[88] Selon mes collègues les juges Wagner et Gascon, « l’arbitre a conclu que l’objet du recours du D<sup>r</sup> Guérin était de déclarer les laboratoires reconnus pour la période visée par la demande » et « [e]n révision judiciaire, le rôle de la Cour supérieure et de la Cour d’appel se limitait à déterminer si la sentence arbitrale était raisonnable, y compris en ce qui touche l’objet du litige » (par. 39 et 41). Ils semblent ainsi suggérer que la détermination de l’objet d’un litige lie les tribunaux et qu’une telle détermination n’est pas sujette à révision judiciaire. Or, il est évident que l’identification erronée de l’objet d’un litige par un décideur administratif peut être matière à révision judiciaire. Une conclusion d’un décideur administratif pourrait être déraisonnable parce qu’elle est fondée



mischaracterizes the subject matter of a dispute. An administrative decision maker's conclusion can be unreasonable if it is based on a mischaracterization of the dispute before him or her. In my view, that is exactly what has happened in this case.

[89] The arbitrator noted that [TRANSLATION] “[a] member or a group of members of the [Fédération des médecins spécialistes du Québec] cannot go back on the recommendation of the joint committee that was endorsed by the Fédération des médecins spécialistes and have it reviewed and modified by way of arbitration” (arbitration award, at para. 52, reproduced in A.R., at p. 29). He concluded on this basis that the respondent could not “be allowed to ask a council of arbitration . . . to modify in respect of him the rules that the parties to the Framework Agreement, and they alone, negotiated” (para. 57).

[90] But that is a mischaracterization of the nature of the dispute. The respondent did not ask that the rules negotiated by the parties to the Framework Agreement be modified. On the contrary, his challenge was related to how the Fédération des médecins spécialistes du Québec and the Régie de l'assurance maladie du Québec had interpreted and applied the conditions for recognition. He characterized the subject matter of the dispute as follows in his notice of dispute:

[TRANSLATION]

1. The dispute concerns the interpretation and application of s. 4.1(iv) of the Protocole concernant la radiologie diagnostique of the Accord-cadre entre le Ministre de la santé et des services sociaux et la Fédération des médecins spécialistes du Québec aux fins de l'application de la Loi sur l'assurance maladie, which was introduced by Amendment 49, and subsequently replaced by Amendment 54, to that agreement;
2. The dispute stems from decisions by the defendants to recognize the medical imaging laboratories (MILs) in which the plaintiff and his mandators practise for the purposes of the digitization fee provided for in the Protocole concernant la radiologie diagnostique, effective June 21, 2011;

sur une mauvaise caractérisation du litige dont il est saisi. À mon avis, c'est exactement ce qui s'est produit en l'espèce.

[89] L'arbitre notait qu'«[u]n membre ou un regroupement de membres de la [Fédération des médecins spécialistes du Québec] ne peut faire le chemin inverse et par voie d'arbitrage faire critiquer et modifier la recommandation du comité conjoint avalisée par la Fédération des médecins spécialistes » (sentence arbitrale, par. 52, reproduite au d.a., p. 29). Il a donc conclu que l'intimé ne pouvait « pas être admis à demander à un conseil d'arbitrage de modifier, à son égard, les règles que les parties à l'Accord-cadre, et exclusivement elles, ont négocié[es] » (par. 57).

[90] Or, il s'agit là d'une qualification erronée de la nature du litige. L'intimé n'a jamais demandé que soient modifiées les règles que les parties à l'Accord-cadre ont négociées. Au contraire, c'est l'interprétation et l'application des conditions de reconnaissance par la Fédération des médecins spécialistes du Québec et la Régie de l'assurance maladie du Québec qui étaient contestées par l'intimé. C'est ainsi qu'il a qualifié l'objet du différend dans son avis de différend :

1. Le différend porte sur l'interprétation et l'application de l'article 4.1 iv) du Protocole concernant la radiologie diagnostique de l'Accord-cadre entre le Ministre de la santé et des services sociaux et la Fédération des médecins spécialistes du Québec aux fins de l'application de la Loi sur l'assurance maladie, introduit par la Modification 49 puis remplacé par la Modification 54 de cet accord;
2. Le différend résulte de décisions des défendeurs par lesquelles ils reconnaissent les laboratoires d'imagerie médicale (LIM) au sein desquels exercent le demandeur et ses mandants aux fins de l'application de l'honoraire de numérisation prévu au Protocole concernant la radiologie diagnostique, avec prise d'effet le 21 juin 2011;

3. The plaintiff submits that a correct interpretation of the provisions establishing the applicable rules would have led to their being applied such that, as a result of the defendants' decisions to recognize the MILs in question, the plaintiff and his mandators may claim from the Régie de l'assurance maladie du Québec the digitization fees provided for in the Protocole since June 1, 2009; [Reproduced at para. 2 of the arbitration award.]

[91] The respondent in fact concedes that he would not have standing to contest the conditions of an agreement that has been duly entered into under s. 19 of the HIA. What he was arguing before the arbitrator was instead that the conditions for recognizing a laboratory for the purposes of the digitization fee provided for in the agreement had been incorrectly *interpreted and applied*, and that the laboratories at issue should therefore have been recognized for the purposes of the digitization fee for the period in question.

[92] That is exactly what he requested from the arbitrator in his notice of dispute:

[TRANSLATION]

**MAY IT PLEASE** the council of arbitration to grant the following conclusions:

**DECLARE** that as of June 1, 2009, the medical imaging laboratories named below should have been recognized for the purposes of section 4 of the Protocole concernant la radiologie diagnostique of the Accord-cadre entre le Ministre de la santé et des services sociaux et la Fédération de médecins spécialistes du Québec aux fins de l'application de la Loi sur l'assurance maladie, introduced by Amendment 49 to that agreement; [Emphasis added; arbitration award, at para. 2.]

[93] I agree with Schragger J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, that the [TRANSLATION] “physician contests the application to his . . . specific situation of the existing conditions provided for in section 4. What the respondent is asking does not amount to a request to (re)negotiate section 4 when what is in issue is the interpretation and application of the section proposed by the Fédération” (2015 QCCA 1726, at para. 39 (CanLII)).

3. Le demandeur soumet que l'interprétation correcte des textes normatifs applicables commandait qu'ils soient appliqués de manière à ce que les décisions des défendeurs de reconnaître les LIM concernés permettent au demandeur et à ses mandants de réclamer auprès de la Régie de l'assurance maladie du Québec les honoraires de numérisation prévus au Protocole depuis le 1<sup>er</sup> juin 2009; [Reproduit au par. 2 de la sentence arbitrale.]

[91] L'intimé concède d'ailleurs qu'il n'aurait pas l'intérêt pour agir en contestation des critères d'une entente dûment conclue en vertu de l'art. 19 de la LAM. Plutôt, l'intimé prétendait devant l'arbitre que les conditions de reconnaissance d'un laboratoire aux fins de l'application de l'honoraire de numérisation prévu par l'entente avaient été *erronément interprétées et appliquées*, et que les laboratoires en cause auraient conséquemment dû être reconnus aux fins de l'application de l'honoraire de numérisation pour la période en question.

[92] C'est exactement ce qu'il demandait à l'arbitre dans son avis de différend :

**LE CONSEIL D'ARBITRAGE** est prié de faire droit aux conclusions qui suivent :

**DÉCLARER** qu'en date du 1<sup>er</sup> juin 2009, les laboratoires d'imagerie médicale dont les noms suivent devaient être reconnus aux fins de l'article 4 du Protocole concernant la radiologie diagnostique de l'Accord-cadre entre le Ministre de la santé et des services sociaux et la Fédération de médecins spécialistes du Québec aux fins de l'application de la Loi sur l'assurance maladie, introduit par la Modification 49 de cet accord; [Je souligne; sentence arbitrale, par. 2.]

[93] Je suis d'accord avec le juge Schragger qui s'exprime pour la majorité de la Cour d'appel lorsqu'il dit que le « médecin conteste l'application à sa situation particulière des conditions existantes et prévues à l'article 4. Or, ce que demande l'intimé n'équivaut pas à demander la (re)-négociation de l'article 4 quand il est question de l'interprétation et l'application de l'article proposé par la Fédération » (2015 QCCA 1726, par. 39 (CanLII)).

[94] The arbitrator’s characterization of the nature of the dispute in this case thus completely disregards the notice of dispute that instituted the proceeding.

[95] In my opinion, given that the conclusion that the respondent did not have standing is founded on a mischaracterization of the nature of the dispute, it cannot be said to be reasonable in that it does not fall within a range of “possible, acceptable outcomes which are defensible in respect” of the pleading filed to institute the dispute and the declaration the respondent was asking the arbitrator to make (*Dunsmuir*, at para. 47). I am not suggesting that the arbitrator was necessarily bound by the characterization proposed by the respondent. Rather, what I am saying is that to find that the arbitrator’s decision was justified, transparent and intelligible, we must at the very least be in a position to understand why he reached the decision he did. That is not the case here.

(2) The Arbitrator’s Conclusion Is Based on a Misinterpretation of Section 54 of the HIA

[96] In concluding that the respondent did not have standing, the arbitrator interpreted s. 54 of the HIA narrowly, thereby disregarding the applicable principles of interpretation to such an extent as to overlook the fact that the section exists. For example, he made the following comments at paras. 48-49:

[TRANSLATION] For the council of arbitration to be able to intervene in a case such as this, it would have been necessary for there to be a clear provision, either in the Act, where there is none, or in the Framework Agreement, to the effect that a medical specialist or a group of medical specialists has the power either to negotiate for recognition or to institute an arbitration proceeding to contest the recommendation made by the joint committee [under] section 4.4 [of the Protocole concernant la radiologie diagnostique] that they deem unsatisfactory.

The negotiating parties did not intend to give the council of arbitration a power of oversight in this regard, nor did they give individuals or groups the right to contest a recommendation of the joint committee or the implementation of such a recommendation by the Régie [de

[94] La façon dont l’arbitre a caractérisé la nature du différend en l’espèce fait donc complètement fi de l’avis de différend qui l’instituait.

[95] À mon avis, dans la mesure où elle se fonde sur une caractérisation erronée de la nature du différend, on ne peut dire que la conclusion voulant que l’intimé n’avait pas l’intérêt pour agir est raisonnable, puisque celle-ci n’appartient pas « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard » de la procédure instituant le différend et eu égard à la déclaration que l’intimé demandait à l’arbitre d’émettre (*Dunsmuir*, par. 47). Je ne suggère pas que l’arbitre était nécessairement lié par la caractérisation du différend proposé par l’intimé. Ma position, plutôt, est que pour que sa décision soit jugée justifiée, transparente et intelligible, nous devons au moins être en mesure de comprendre pourquoi l’arbitre a décidé comme il l’a fait. Ce n’est pas le cas en l’espèce.

(2) La conclusion de l’arbitre est fondée sur une interprétation erronée de l’art. 54 de la LAM

[96] Pour en arriver à la conclusion que l’intimé n’avait pas l’intérêt pour agir, l’arbitre a interprété l’art. 54 de la LAM restrictivement, faisant ainsi fi des principes d’interprétations applicables, au point d’ignorer l’existence de cette disposition. Par exemple, il note ce qui suit aux par. 48-49 :

Pour que le conseil d’arbitrage puisse intervenir en semblable matière, il aurait fallu qu’il existât soit dans la Loi, ce qui n’est pas le cas, soit à l’Accord-cadre un texte clair donnant à un médecin spécialiste ou un regroupement de tels médecins, le pouvoir soit de négocier l’accès à la reconnaissance, soit de contester en arbitrage la recommandation jugée insatisfaisante faite par le comité conjoint [à] l’article 4.4 [du Protocole concernant la radiologie diagnostique].

Les parties négociantes n’ont pas voulu donner au conseil d’arbitrage un droit de regard en cette matière, pas plus qu’elles n’ont permis la contestation individuelle ou collective d’une recommandation du comité conjoint ou de sa mise en application par la Régie de

l'assurance maladie du Québec], which has the authority to [TRANSLATION] “follow up on notices received from the negotiating parties that contain information needed to apply or to cease applying the digitization fee in a designated laboratory and sector of radiological activity (section 4.6 of [the Protocole concernant la radiologie diagnostique]).”

He added the following at para. 52:

[TRANSLATION] A member or a group of members of the [Fédération] cannot go back on the recommendation of the joint committee that was endorsed by the Fédération des médecins spécialistes and have it reviewed and modified by way of arbitration. Nowhere in the [HIA] or in the Framework Agreement can a provision be found that authorizes the council of arbitration to substitute its own opinion for that of the joint committee and its own decision for that made by the negotiating parties further to the joint committee's report. If the negotiating parties had intended to confer on a member of the [Fédération] or a group of its members the right to contest a recommendation of the joint committee before a council of arbitration, they would have had to state clearly that the joint committee's work and conclusions could be contested and modified by means of the dispute procedure.

[97] In my opinion, the legal basis whose existence was called into question by the arbitrator is in fact found in s. 54 of the HIA, which reads as follows:

**54.** A dispute resulting from the interpretation or application of an agreement is submitted to a council of arbitration, to the exclusion of any court of civil jurisdiction.

The composition of the council of arbitration and the appointment of its members may be determined in an agreement. If the composition and appointment are not so determined, they are determined by the Minister of Labour after consultation with the bodies representing professionals in the field of health.

[98] I agree with the majority of the Court of Appeal that [TRANSLATION] “section 54 of the [HIA] is a ‘clear provision’ in that it is drafted in broad language that does not admit, either implicitly or contextually, of a construction that limits standing to apply for arbitration to the Fédération and the Ministère” (para. 34 (footnote omitted)).

laquelle c'est l'autorité de donner « suite aux avis transmis par les parties négociantes et comportant l'information nécessaire à l'application ou à la cessation de l'application de l'honoraire de numérisation dans un laboratoire et un secteur d'activités radiologiques désignées (article 4.6 [du Protocole concernant la radiologie diagnostique]). »

Au paragraphe 52, il renchérit comme suit :

Un membre ou un regroupement de membres de la [Fédération] ne peut faire le chemin inverse et par voie d'arbitrage faire critiquer et modifier la recommandation du comité conjoint avalisée par la Fédération des médecins spécialistes. Nulle part dans la [LAM] ni dans l'Accord-cadre ne trouvera-t-on un texte permettant au conseil d'arbitrage de substituer son opinion à celle du comité conjoint et à la détermination que font à la suite du dépôt de son rapport, les parties négociantes. Si les parties négociantes avaient voulu qu'un membre de la [Fédération] ou un groupe de ceux-ci puisse contester une recommandation du comité conjoint, devant un conseil d'arbitrage, il aurait fallu qu'elles s'en expriment clairement à l'effet que le travail et les conclusions du comité conjoint pouvaient par voie de différend être remis en question et modifiés.

[97] À mon avis, le fondement juridique dont l'arbitre questionne l'existence se trouve justement dans l'art. 54 de la LAM, qui prévoit ce qui suit :

**54.** Un différend qui résulte de l'interprétation ou de l'application d'une entente est soumis à un conseil d'arbitrage, exclusivement à tout tribunal de juridiction civile.

La composition du conseil d'arbitrage et la nomination de ses membres peuvent être déterminées dans une entente. À défaut, elles sont déterminées par le ministre du Travail après consultation des organismes représentatifs des professionnels de la santé.

[98] Je partage l'avis de la majorité de la Cour d'appel lorsqu'elle dit que « l'article 54 de la [LAM] est un “texte clair” dans le sens où il est rédigé en termes larges qui ne permettent pas d'ajouter implicitement ou contextuellement une interprétation qui limite à la Fédération et au Ministère l'intérêt requis pour demander l'arbitrage » (par. 34 (note en bas de page omise)).

[99] I also agree with the conclusion of the majority of the Court of Appeal that [TRANSLATION] “[t]he arbitrator limited the application of section 54 [of the HIA] partly on the basis of sections 20.2 and 20.5 of Schedule 1 to the Framework Agreement” and that “[t]his is an error of law, and the resulting interpretation of the arbitrator is neither rational nor a possible outcome on this issue” (para. 29). I note that s. 20.2 of schedule 1 to the Framework Agreement sets out the procedure for submitting a dispute with respect to fees and that s. 20.5 of that same schedule provides that the Fédération may file a collective dispute against the Minister, the Régie de l’assurance maladie du Québec or an institution.

[100] In allowing the preliminary exceptions that had been submitted to him, the arbitrator completely disregarded the fundamental principle of the hierarchy of rules, which may be summarized as follows:

[TRANSLATION] In any legal system, there is a hierarchy of legal rules: at its foundation is the Constitution, upon which ordinary statutes are based, followed by regulations and, finally, particular administrative acts and actual acts of execution. The principles of supremacy of the Constitution and parliamentary supremacy are what could be considered the constitutional base of our administrative law. This leads to the fundamental rule that every government power is necessarily a delegated power, that every government act derives its only force from an Act of Parliament or of a legislature. That is what the Supreme Court stated in 1943: “[E]very order in council, every regulation, . . . every order, whether emanating immediately from His Excellency the Governor General in Council or from some [other] agency, derives its legal force . . . from [an] Act of Parliament” . . . .

This principle applies to regulations, which are considered to be “delegated legislation”, as well as to specific decisions and to contracts.

(P. Garant, with P. Garant and J. Garant, *Droit administratif* (6th ed. 2010), at p. 200)

[101] It follows from this principle that the scope of schedule 1 to the Framework Agreement must depend on that of the HIA, not the reverse.

[99] J’abonde aussi dans le même sens que la majorité de la Cour d’appel lorsqu’elle conclut que « l’arbitre a limité l’application de l’article 54 [de la LAM] en se basant en partie sur les articles 20.2 et 20.5 de l’Annexe 1 de l’Accord-cadre » et que « [c]eci est une erreur de droit et l’interprétation de l’arbitre qui en résulte n’est ni rationnelle ni une issue possible au débat » (par. 29). Je rappelle que l’art. 20.2 de l’annexe 1 de l’Accord-cadre prévoit les modalités d’un recours en contestation des honoraires, et que l’art. 20.5 de la même annexe prévoit que la Fédération peut former un différend collectif contre le Ministre, la Régie ou un établissement.

[100] L’arbitre, en accueillant les objections préliminaires dont il était saisi, a complètement ignoré le principe fondamental de la hiérarchie des normes, qu’on peut résumer ainsi :

Dans tout système juridique, il existe une hiérarchie des normes juridiques ; à la base il y a la Constitution, sur laquelle se fondent les lois ordinaires, puis il y a les règlements et enfin les actes administratifs particuliers et les actes matériels d’exécution. Les principes de la supériorité de la Constitution et de la suprématie du Parlement sont ce qu’on pourrait appeler la base constitutionnelle de notre droit administratif. De là découle la règle fondamentale qui veut que tout pouvoir de l’Administration est nécessairement un pouvoir délégué, que tout acte de l’Administration tire sa seule force d’une loi du Parlement ou de la législature. C’est ce que la Cour suprême affirmait en 1943 : « Tout arrêté en conseil, tout règlement, tout ordre, émanant directement du gouvernement en conseil ou de quelque autre agent, tire sa force d’une loi du Parlement » . . . .

Ce principe s’applique aux actes réglementaires, considérés comme étant de la « législation déléguée », comme aux décisions particulières et aux contrats.

(P. Garant, avec la collaboration de P. Garant et J. Garant, *Droit administratif* (6<sup>e</sup> éd. 2010), p. 200)

[101] Il découle de ce principe que c’est la portée de l’annexe 1 de l’Accord-cadre qui doit dépendre de la LAM et non l’inverse. Interpréter la portée

To interpret the scope of a statute by reference to the delegated legislation and the contracts it authorizes (in this case, the Framework Agreement) does violence to the structure of the legal framework established by the HIA. Such a line of reasoning is as wrong as trying to define the scope and substance of a right guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the basis of how it has been implemented by the legislature.

[102] Sections 20.2 and 20.5 of schedule 1 to the Framework Agreement thus cannot take precedence over s. 54 of the HIA and limit its scope absent an express statutory provision to that effect. The HIA is a statute of public order (s. 104.1) that cannot be rendered inapplicable by an agreement. Its public order status precludes the parties from entering into an agreement that would deny s. 54 any effect with regard to the respondent (*Syndicat de la fonction publique du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61, at para. 41). In my opinion, an interpretation that suggests otherwise cannot be said to be reasonable.

[103] Moreover, s. 41 of the *Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, provides that “[e]very provision of an Act is deemed to be enacted for the recognition of rights, the imposition of obligations or the furtherance of the exercise of rights, or for the remedying of some injustice or the securing of some benefit” and that “[s]uch statute shall receive such fair, large and liberal construction as will ensure the attainment of its object and the carrying out of its provisions, according to their true intent, meaning and spirit”. It follows that the right provided for in s. 54 of the HIA to submit any dispute resulting from the interpretation or application of an agreement to a council of arbitration must be construed broadly and liberally.

[104] Section 54 of the HIA is drafted in broad, clear language. It is “[a] dispute resulting from the interpretation or application of an agreement [that] is submitted to a council of arbitration, to the exclusion of any court of civil jurisdiction.” The scope of the section cannot be restricted by an agreement, because no possible restrictions are provided for in the HIA.

d’une loi en référant à la législation déléguée et aux contrats qu’elle autorise (l’Accord-cadre en l’occurrence) fait violence à la structure de l’ordre juridique mis en place par la LAM. Un tel raisonnement est aussi erroné que celui qui tenterait de circonscrire la portée et le contenu d’un droit garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* en s’inspirant de la façon dont il a été mis en œuvre par le législateur.

[102] Les articles 20.2 et 20.5 de l’annexe 1 de l’Accord-cadre ne peuvent donc avoir préséance sur l’art. 54 de la LAM et limiter sa portée en l’absence d’une disposition législative expresse à cet effet. La LAM est une loi d’ordre public (art. 104.1) qui ne saurait être rendue inapplicable par une entente. Son caractère d’ordre public empêche les parties de conclure une entente qui priverait l’art. 54 d’effet à l’égard de l’intimé (*Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61, par. 41). À mon avis, on ne peut dire d’une interprétation qui suggère autrement qu’elle est raisonnable.

[103] De plus, l’art. 41 de la *Loi d’interprétation*, RLRQ, c. I-16, prévoit que « [t]oute disposition d’une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d’imposer des obligations ou de favoriser l’exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage » et qu’« [u]ne telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l’accomplissement de son objet et l’exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin ». Il s’ensuit que le droit, prévu à l’art. 54 de la LAM, de soumettre à un conseil d’arbitrage tout différend qui résulte de l’interprétation ou de l’application d’une entente doit recevoir une interprétation large et libérale.

[104] L’article 54 de la LAM est rédigé en des termes larges et clairs. C’est « [u]n différend qui résulte de l’interprétation ou de l’application d’une entente [qui] est soumis à un conseil d’arbitrage, exclusivement à tout tribunal de juridiction civile. » Sa portée ne peut être restreinte par une entente puisque la LAM ne prévoit pas de restriction possible.

[105] As the motion judge noted, the word “dispute” in s. 54 of the HIA is not defined in that Act, which means that it is necessary to refer to the standard dictionary definitions. She quoted the definition from the *Petit Robert*, according to which a *différend* (dispute) is a [TRANSLATION] “[d]isagreement resulting from a difference of opinion or the competing interests of two or more people” (2013 QCCS 6950, at para. 24 (CanLII); see also *Le Petit Robert* (new ed. 2012), at p. 736). The majority of the Court of Appeal agreed and added another definition from the *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, according to which a *différend* is a [TRANSLATION] “disagreement between two or more people” (para. 24, quoting H. Reid, with S. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (4th ed. 2010), at p. 202).

[106] In my opinion, when the negotiating parties [TRANSLATION] “decide on and designate the general radiology laboratories that will be recognized for the purposes of the digitization fee” pursuant to s. 4.5 of the Protocole concernant la radiologie diagnostique, they are interpreting and applying the agreement within the meaning of s. 54 of the HIA. A dispute submitted to the arbitrator thus results from a difference of opinion between the medical specialists and the negotiating parties. There is no reason to limit the scope of s. 54 of the HIA, and in particular the concept of a “dispute” within the meaning of that section, to disagreements between the Fédération and the Minister as the arbitrator did.

[107] Nor can it be said, as my colleagues Wagner and Gascon JJ. suggest, that the Fédération’s monopoly of representation also extends to the interpretation and application of the agreement. It is true that the Fédération has a monopoly recognized by the Minister, which, moreover, the respondent does not dispute, for the purpose of negotiating an agreement under s. 19 of the HIA. However, the Fédération’s monopoly is limited to the conclusion of such an agreement. The view that the Fédération’s monopoly also extends to the application of the agreement cannot really be reconciled with the fact that, generally speaking, “[t]he function of the [Régie de l’assurance maladie du Québec is] to administer and implement the programs of the health insurance plan instituted

[105] Comme la juge de première instance le remarque, le terme « différend » à l’art. 54 de la LAM n’est pas défini dans celle-ci et puisqu’il est ainsi, il faut s’en remettre aux définitions usuelles et courantes. Elle cite la définition du *Petit Robert*, selon laquelle un différend constitue un « [d]ésaccord résultant d’une différence d’opinions, d’une opposition d’intérêts entre deux ou plusieurs personnes » (2013 QCCS 6950, par. 24 (CanLII); voir aussi *Le Petit Robert* (nouv. éd. 2012), p. 736). La majorité de la Cour d’appel abonde en ce sens et ajoute une autre définition, celle du *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, selon laquelle un différend constitue un « désaccord entre deux ou plusieurs personnes » (par. 24, citant H. Reid, avec la collaboration de S. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (4<sup>e</sup> éd. 2010), p. 202).

[106] À mon avis, lorsque les parties négociantes « déterminent et désignent les laboratoires de radiologie générale qui sont reconnus aux fins de l’application de l’honoraire de numérisation » en application de l’art. 4.5 du Protocole concernant la radiologie diagnostique, elles interprètent et appliquent l’entente au sens de l’art. 54 de la LAM. Le différend soumis à l’arbitre résulte alors d’une différence d’opinions entre les médecins spécialistes et les parties négociantes. Il n’y a pas lieu de limiter la portée de l’art. 54 de la LAM, particulièrement son concept de « différend », aux désaccords entre la Fédération et le Ministre comme l’a fait l’arbitre.

[107] On ne peut dire non plus que le monopole représentatif détenu par la Fédération s’étend également à l’interprétation et à l’application de l’entente comme le suggèrent mes collègues les juges Wagner et Gascon. Certes, la Fédération détient un monopole, reconnu par le ministre, et que l’intimé ne conteste pas d’ailleurs, afin de négocier une entente en vertu de l’art. 19 de la LAM. Toutefois, l’étendue du monopole de la Fédération se termine avec la conclusion d’une telle entente. La position voulant que le monopole de la Fédération s’étende également à l’application de l’entente se réconcilie difficilement avec le fait que, généralement, « [l]a Régie a pour fonction d’administrer et d’appliquer les programmes du régime d’assurance maladie institué

by the [HIA] and any other program entrusted to it by law or by the Government” (*An Act respecting the Régie de l’assurance maladie du Québec*, CQLR, c. R-5, s. 2). That is why the HIA entitles a medical specialist to submit a question relating to the interpretation or application of the Framework Agreement to arbitration in accordance with ss. 22.0.1 and 22.2 of the HIA where the Régie de l’assurance maladie du Québec refuses to pay him or her a fee or requests the reimbursement of such a fee. This being said, the existence of these specific recourses, in which the opposing parties are the medical specialist and the Régie de l’assurance maladie du Québec, in no way diminishes the existence and the scope of the broader remedy provided for in s. 54 of the HIA for any other dispute resulting from the interpretation or application of an agreement, in which it would be possible for the opposing parties to be a medical specialist and the Fédération.

[108] I also note that my colleagues’ position regarding the scope of the Fédération’s monopoly is based on principles of Quebec labour law (*Noël v. Société d’énergie de la Baie James*, 2001 SCC 39, [2001] 2 S.C.R. 207, at para. 41). Yet the scheme of the HIA contains no specific provision authorizing the Fédération to exercise all the recourses the Framework Agreement grants to medical specialists as is the case with the labour law scheme established by the *Labour Code*, CQLR, c. C-27, s. 69. In my opinion, it is not wise to import labour law principles, such as that of the monopoly of representation granted to a union, into the scheme of the HIA unless that Act expressly provides for this.

[109] Wagner and Gascon JJ. state that the interpretation of s. 54 of the HIA that I propose would result in an unacceptable or inappropriate increase in arbitration cases. In this regard, I adopt the argument of my colleagues Brown and Rowe JJ. that, on the contrary, “[t]he more persons who are placed in the difficult position in which Dr. Guérin finds himself, the more compelling the basis for allowing him and others to have their disputes heard by an impartial decision-maker” (para. 82). This of course supports the view that it was unreasonable for the arbitrator to conclude that the respondent

par la [LAM] ainsi que tout autre programme que la loi ou le gouvernement lui confie » (*Loi sur la Régie de l’assurance maladie du Québec*, RLRQ, c. R-5, art. 2). C’est pourquoi la LAM permet à un médecin spécialiste de porter en arbitrage une question d’interprétation ou d’application de l’Accord-cadre conformément aux art. 22.0.1 et 22.2 de la LAM, lorsque la Régie refuse de lui verser un honoraire ou en réclame le remboursement. Cela dit, l’existence de ces recours spécifiques, lesquels opposent le médecin spécialiste et la Régie, ne réduisent aucunement l’existence et la portée du recours plus large prévu par l’art. 54 de la LAM pour tout autre différend résultant de l’interprétation ou de l’application d’une entente, lequel pourrait notamment opposer le médecin spécialiste et la Fédération.

[108] Je note également que la position de mes collègues quant à la portée du monopole de la Fédération repose sur des principes du droit du travail québécois (*Noël c. Société d’énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207, par. 41). Or, le régime de la LAM ne comprend pas de disposition spécifique permettant à la Fédération d’exercer tous les recours que l’Accord-cadre accorde aux médecins spécialistes, comme c’est le cas pour le régime du droit du travail mis en place par le *Code du travail*, RLRQ, c. C-27, art. 69. Il n’est pas sage, à mon avis, d’importer des principes du droit du travail, tel que celui du monopole de représentation accordé à un syndicat, dans le régime de la LAM sans que celui-ci ne le spécifie expressément.

[109] Selon les juges Wagner et Gascon, l’interprétation de l’art. 54 de la LAM que je propose entraînerait un accroissement inacceptable ou inapproprié du recours à l’arbitrage. À cet égard, je fais mien l’argument de mes collègues les juges Brown et Rowe voulant qu’au contraire, « plus il y a de personnes dans la situation difficile où se trouve le D’ Guérin, plus il est impérieux de permettre que leurs différends soient soumis à un décideur impartial » (par. 82). Cela milite certainement en faveur de la position qu’il était déraisonnable pour l’arbitre de conclure que l’intimé n’avait pas l’intérêt pour



did not have standing and in so doing to prevent the respondent from applying to the forum provided for by the legislature for submitting a dispute resulting from the interpretation or application of an agreement.

[110] On this last point, Wagner and Gascon JJ. consider that the arbitrator did not leave the respondent without recourse, as “[t]he courts would have jurisdiction if he were to allege that the Fédération had not properly discharged its duty of representation” (para. 60). But it is unrealistic to argue that the courts would have been an appropriate forum for the respondent, since, as my colleagues in fact acknowledge, the Fédération’s duty of representation is limited to certain types of conduct: bad faith, discrimination, arbitrary conduct and serious negligence (*Noël*, at para. 48). In the instant case, the respondent alleges that the Fédération misinterpreted and misapplied the conditions for recognizing his laboratory for the purposes of the digitization fee provided for in the agreement, which does not correspond to any of the types of conduct to which my colleagues refer.

[111] In sum, in addition to disregarding the fundamental principle of the hierarchy of rules by limiting the scope of the HIA by reference to the agreement it authorizes, the arbitrator failed to apply the relevant principles of interpretation as codified by the legislature. The arbitrator’s conclusion that the respondent did not have standing was based on an erroneously restrictive construction of the HIA and did not fall within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the applicable principles of interpretation (*Dunsmuir*, at para. 47). It was therefore unreasonable.

## B. Conclusion

[112] In my opinion, the arbitrator erred in concluding that he did not have jurisdiction to hear the respondent’s dispute. He also erred in concluding that the respondent did not have standing. I would therefore dismiss the appeal.

agir, empêchant ainsi l’intimé d’avoir accès au forum prévu par le législateur pour soumettre un différend qui résulte de l’interprétation ou de l’application d’une entente.

[110] Sur ce dernier point, les juges Wagner et Gascon sont d’avis que l’arbitre n’a pas retiré à l’intimé tous ses recours, car « [l]es tribunaux de droit commun conservent leur compétence dans l’éventualité où il estimerait que la Fédération ne s’est pas bien acquittée de son obligation de représentation » (par. 60). Or, il est illusoire de prétendre que les tribunaux de droit commun auraient été un forum approprié pour l’intimé puisque, comme mes collègues le reconnaissent pourtant, le devoir de représentation de la Fédération se limite à certains types de conduite : la mauvaise foi, la discrimination, le comportement arbitraire et la négligence grave (*Noël*, par. 48). En l’espèce, l’intimé allègue que la Fédération a mal interprété et appliqué les conditions de reconnaissances de son laboratoire aux fins de l’application de l’honoraire de numérisation prévu par l’entente, ce qui ne correspond à aucun des types de conduites auxquels mes collègues font allusion.

[111] En somme, en plus de faire fi du principe fondamental de la hiérarchie des normes en limitant la portée de la LAM en prenant appui sur l’entente qu’elle autorise, l’arbitre a également omis d’appliquer les principes d’interprétation pertinents et codifiés par le législateur. La conclusion de l’arbitre selon laquelle l’intimé n’avait pas l’intérêt pour agir repose sur une interprétation erronément restrictive de la LAM et n’appartient pas aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des principes d’interprétation applicables (*Dunsmuir*, par. 47). Elle est donc déraisonnable.

## B. Conclusion

[112] À mon avis, l’arbitre a erré en concluant qu’il n’avait pas la compétence requise pour entendre le différend logé par l’intimé. Il a également erré en concluant que l’intimé n’avait pas l’intérêt pour agir. Je rejetterais donc l’appel.

## APPENDIX

**(Relevant Statutory and Contractual Provisions)***Health Insurance Act, CQLR, c. A-29*

**22.0.1.** Whenever the Board [the Régie de l'assurance maladie du Québec] believes that a professional in the field of health or a third person has exacted payment from an insured person in contravention of this Act, where nothing in the regulations so permits, or has claimed an amount exceeding the amount that would have been paid by the Board to a health professional subject to the application of an agreement for insured services furnished to an insured person who failed to present his health insurance card, claim booklet or eligibility card, it shall reimburse the amount so paid by the beneficiary and notify the professional or the third person in writing thereof. The Board shall make such a reimbursement solely where the insured person applies therefor in writing within one year after the date of payment.

An amount so reimbursed and the administrative costs prescribed constitute a debt toward the Board and may be recovered from the professional in the field of health or third person by compensation or otherwise, on the expiry of a period of 30 days from the date of the notice.

Within six months of the compensation, the professional in the field of health may appeal from the Board's decision before the Superior Court or the Court of Québec according to their respective jurisdictions or, in the case of a question of interpretation or application of an agreement, before a council of arbitration established under section 54. The burden of proving that the decision of the Board is ill-founded is on the health professional.

**22.2.** Where the Board believes that services for which payment is claimed by a professional in the field of health or for which he has obtained payment in the preceding 36 months were services furnished in non-conformity with the agreement, the Board may refuse payment for such services or have them reimbursed by compensation or otherwise, as the case may be. Disputes resulting from this paragraph are settled by the council of arbitration instituted by section 54.

Where, after an investigation, the Board believes that services for which payment is claimed by a professional in the field of health or for which he has obtained

## ANNEXE

**(Dispositions législatives et contractuelles pertinentes)***Loi sur l'assurance maladie, RLRQ, c. A-29*

**22.0.1.** Lorsque la Régie est d'avis qu'un professionnel de la santé ou un tiers a exigé paiement d'une personne assurée à l'encontre de la présente loi, alors que rien dans les règlements ne le permet ou a exigé plus que le montant qui aurait été payé par la Régie à un professionnel soumis à l'application d'une entente pour les services assurés fournis à une personne assurée qui n'a pas présenté sa carte d'assurance maladie, son carnet de réclamation ou sa carte d'admissibilité, elle rembourse à la personne assurée la somme ainsi versée et en avise par écrit le professionnel de la santé ou le tiers. La Régie effectue un tel remboursement uniquement lorsque la personne assurée lui en fait la demande écrite dans l'année suivant la date du paiement.

Une somme ainsi remboursée et les frais d'administration prescrits constituent une dette envers la Régie et peuvent être recouvrés de ce professionnel de la santé ou de ce tiers par compensation ou autrement, à l'expiration d'un délai de 30 jours à compter de la date de cet avis.

Dans les six mois de la compensation, le professionnel de la santé peut se pourvoir à l'encontre de la décision de la Régie devant la Cour supérieure ou la Cour du Québec, selon leur compétence respective ou, lorsqu'il s'agit d'une question d'interprétation ou d'application d'une entente, devant un conseil d'arbitrage créé en vertu de l'article 54. Il incombe au professionnel de la santé de prouver que la décision de la Régie est mal fondée.

**22.2.** Lorsque la Régie est d'avis que des services dont le paiement est réclamé par un professionnel de la santé ou pour lesquels il a obtenu paiement au cours des 36 mois précédents, étaient des services fournis non conformément à l'entente, elle peut refuser le paiement de ces services ou procéder à leur remboursement par compensation ou autrement, selon le cas. Les différends résultant du présent alinéa sont tranchés par le conseil d'arbitrage institué par l'article 54.

Lorsque la Régie, suite à une enquête, est d'avis que des services dont le paiement est réclamé par un professionnel de la santé ou pour lesquels il a obtenu paiement

payment in the 36 preceding months were services that have not been furnished, that he has not furnished in person or that he has falsely described, or services that were non-insured services, services not considered insured by regulation or services not established as insured services by regulation, the Board may refuse payment for such services or have them reimbursed by compensation or otherwise, as the case may be.

Where the Board decides to refuse payment for services or to make compensation, it must inform the professional in the field of health of the reasons for its decision.

In the cases provided for in this section, the burden of proof that the decision of the Board is ill-founded, is on the professional in the field of health.

A professional in the field of health who wishes to appeal a decision of the Board before the Superior Court or the Court of Québec according to their respective jurisdictions, must do so within six months of receiving such decision.

For the purposes of this Act and within the scope of the basic prescription drug insurance plan, the second, third, fourth and fifth paragraphs, adapted as required, apply to an institution.

**54.** A dispute resulting from the interpretation or application of an agreement is submitted to a council of arbitration, to the exclusion of any court of civil jurisdiction.

The composition of the council of arbitration and the appointment of its members may be determined in an agreement. If the composition and appointment are not so determined, they are determined by the Minister of Labour after consultation with the bodies representing professionals in the field of health.

*Framework Agreement between the Minister of Health and Social Services and the Fédération des médecins spécialistes du Québec for the purposes of the Health Insurance Act (Accord-cadre entre le ministre de la Santé et des Services sociaux et la Fédération des médecins spécialistes du Québec aux fins de l'application de la Loi sur l'assurance maladie)*

au cours des 36 mois précédents, étaient des services qui n'ont pas été fournis, qu'il n'a pas fournis lui-même ou qu'il a faussement décrits, ou des services non assurés, des services non considérés comme assurés par règlement ou des services non déterminés comme services assurés par règlement, elle peut refuser le paiement de ces services ou procéder à leur remboursement par compensation ou autrement, selon le cas.

Lorsque la Régie décide de refuser le paiement de services ou de procéder à compensation, elle doit informer le professionnel de la santé des motifs de sa décision.

Dans les cas prévus au présent article, il appartient au professionnel de la santé de prouver que la décision de la Régie est non fondée.

Le professionnel de la santé qui veut se pourvoir d'une décision de la Régie devant la Cour supérieure ou la Cour du Québec, selon leur compétence respective, doit le faire dans les six mois de la réception de cette décision.

Pour l'application de la présente loi dans le cadre du régime général d'assurance médicaments, les deuxième, troisième, quatrième et cinquième alinéas s'appliquent à un établissement en y faisant les adaptations nécessaires.

**54.** Un différend qui résulte de l'interprétation ou de l'application d'une entente est soumis à un conseil d'arbitrage, exclusivement à tout tribunal de juridiction civile.

La composition du conseil d'arbitrage et la nomination de ses membres peuvent être déterminées dans une entente. À défaut, elles sont déterminées par le ministre du Travail après consultation des organismes représentatifs des professionnels de la santé.

*Accord-cadre entre le ministre de la Santé et des Services sociaux et la Fédération des médecins spécialistes du Québec aux fins de l'application de la Loi sur l'assurance maladie*

[TRANSLATION]

**SCHEDULE 1.**

**TITLE 1.**

**GENERAL**

**SECTION 3.**

*REPRESENTATION*

**3.1** The Minister recognizes the Fédération as the only organization representing medical specialists for the negotiation and application of any agreement concerning medical services and medical administrative duties performed in hospital centres.

This recognition shall be binding on the Board and on all institutions.

**TITLE V.**

**ARBITRATION PROCEDURE**

**SECTION 20.**

*DISPUTE*

**20.1** A dispute shall be filed by a medical specialist or by the Fédération in accordance with this title.

There are two types of disputes: the dispute with respect to fees and the collective dispute.

**1. DISPUTE WITH RESPECT TO FEES**

**20.2** A medical specialist may submit a dispute in response to a refusal of payment or a request for reimbursement by the Board.

A physician who has not submitted an application for review shall file such a dispute within six months of receipt of the Board's decision concerning a refusal of payment or a request for reimbursement.

A physician who has submitted an application for review shall file such a dispute within six months of receipt of

**ANNEXE 1.**

**TITRE 1.**

**DISPOSITIONS GÉNÉRALES**

**ARTICLE 3.**

*REPRÉSENTATION*

**3.1** La Ministre reconnaît la Fédération comme le seul organisme représentatif des médecins spécialistes pour la négociation et l'application de toute entente relative aux services médicaux ainsi qu'aux fonctions médico-administratives exercées en centre hospitalier.

Cette reconnaissance engage la Régie et tout établissement.

**TITRE V.**

**PROCÉDURE D'ARBITRAGE**

**ARTICLE 20.**

*DIFFÉREND*

**20.1** Un différend est logé par un médecin spécialiste ou la Fédération, conformément au présent titre.

On distingue le différend en contestation d'honoraires et le différend collectif.

**1. DIFFÉREND EN CONTESTATION D'HONORAIRES**

**20.2** Un médecin spécialiste auquel la Régie oppose un refus de paiement ou demande un remboursement, peut former un différend.

Pour le médecin qui n'a pas présenté de demande de révision, ce différend doit être logé dans les six mois de la réception de la décision de la Régie concernant un refus de paiement ou une demande de remboursement.

Pour le médecin qui a présenté une demande de révision, ce différend doit être logé dans les six mois de la

the Board's decision further to the submissions process provided for in section 15.

The filing of a notice of dispute terminates the submissions process.

The Fédération may, in the same circumstances, act on behalf of one or more medical specialists.

**20.3** A dispute with respect to fees shall not be heard if it is within the exclusive jurisdiction of the Commission des Affaires sociales.

**20.4** A medical specialist may submit a dispute against an institution in the event of a disagreement regarding the application of his professional services contract.

## 2. COLLECTIVE DISPUTE

**20.5** The Fédération may file a collective dispute against the Minister, the Board or an institution.

It may in so doing raise any disagreements relating to the application of this agreement.

It may also contest any administrative instrument — such as a directive, a decree, a contract of affiliation or an organization plan — that it considers to be in contravention of this agreement.

. . . .

## SCHEDULE 5

**LABORATORY MEDICINE TARIFF** [*Tarif de la médecine de laboratoire*]

. . . .

**DIAGNOSTIC RADIOLOGY PROTOCOL** [*Protocole concernant la radiologie diagnostique*]

. . . .

## SECTION 4.

***DIGITIZATION FEE: RECOGNITION OF LABORATORIES***

**4.1** For the purpose of promoting the digitization of radiology equipment in general radiology laboratories, a digitization fee (R=9) shall be applicable in laboratories that are recognized by the negotiating parties for the designated sectors of radiological activity.

réception de la décision de la Régie qui fait suite au processus de représentations prévu à l'article 15.

La production d'un avis de différend met fin au processus de représentations.

La Fédération peut, dans les mêmes circonstances, agir pour le compte d'un ou plusieurs médecins spécialistes.

**20.3** Il n'y a pas ouverture au différend en contestation d'honoraires, si le litige est de la compétence exclusive de la Commission des Affaires sociales.

**20.4** Un médecin spécialiste peut former un différend contre un établissement, s'il y a litige au sujet de l'application de son contrat de services professionnels.

## 2. DIFFÉREND COLLECTIF

**20.5** La Fédération peut former un différend collectif contre la Ministre, la Régie ou un établissement.

Elle peut ainsi soulever tout désaccord au sujet de l'application de cette entente.

Elle peut, de même, attaquer tout instrument administratif — tels une directive, une circulaire, un contrat d'affiliation ou un plan d'organisation — qu'elle prétend être en contravention de cette entente.

. . . .

## ANNEXE 5

**TARIF DE LA MÉDECINE DE LABORATOIRE**

. . . .

**PROTOCOLE CONCERNANT LA RADIOLOGIE DIAGNOSTIQUE**

. . . .

## ARTICLE 4.

***HONORAIRE DE NUMÉRISATION : RECONNAISSANCE DES LABORATOIRES***

**4.1** Afin de favoriser la numérisation des équipements radiologiques dans les laboratoires de radiologie générale, un honoraire de numérisation (R=9) est applicable dans les laboratoires reconnus par les parties négociantes et pour les secteurs d'activités radiologiques désignés.

For the pursuit of that purpose, three separate areas of activity shall be recognized: general radiology, mammography and fluoroscopy.

**4.2** In order to be recognized, a general radiology laboratory identified in the list provided for in section 1 shall satisfy the following conditions:

- (i) All the equipment of the laboratory that is used in the sector of radiological activity for which the digitization fee is being claimed must be digitized;
- (ii) In respect of the digitization fee applicable in either the mammography or the fluoroscopy sector of activity, all the equipment used in the general radiology sector of activity must also be digitized;
- (iii) The laboratory must have a PACS that is compatible with the mandatory standards for the archiving of pictures in the regional diagnostic imaging repository and for feeding this repository in accordance with its archiving capacity via a network connection to which the laboratory is given access.

The costs of the network connection up to the market cost of a standard business line shall be borne by the laboratory; all additional costs shall be borne by the Ministère de la Santé et des Services sociaux or another organization it designates.

- (iv) All the radiology equipment and the PACS used in a general radiology laboratory for which a digitization fee is being requested (hereinafter referred to as the “radiology equipment”) shall belong to and mainly benefit medical specialists in radiology practising in the context of the health insurance plan (hereinafter referred to as the “radiologists”).

**4.3** A medical specialist in radiology who wishes to obtain recognition of a general radiology laboratory for the purposes of the digitization fee shall submit an application to that effect to the negotiating parties.

He shall indicate the sector of radiological activity for which the digitization fee is being requested and provide all information and documents that will be needed in order to analyze his application and that

À cette fin, on reconnaît trois secteurs d’activités distincts, soit la radiologie générale, la mammographie et la fluoroscopie.

**4.2** Afin d’être reconnu, un laboratoire de radiologie générale identifié au répertoire prévu à l’article 1 doit satisfaire aux conditions suivantes :

- i) L’ensemble des équipements du laboratoire qui sont utilisés dans le secteur d’activités radiologiques pour lequel l’honoraire de numérisation est demandé doivent être numérisés;
- ii) Pour l’honoraire de numérisation applicable dans les secteurs d’activités de la mammographie ou de la fluoroscopie, l’ensemble des équipements utilisés dans le secteur d’activités de la radiologie générale doivent également être numérisés;
- iii) Le laboratoire doit disposer d’un PACS compatible aux normes exigées pour l’archivage des images dans le dépôt régional d’imagerie diagnostique et, via un lien réseau auquel on lui donne accès, alimenter ce dépôt régional selon ses capacités d’archivage.

Les frais du lien réseau sont à la charge du laboratoire, jusqu’à concurrence du coût du marché pour une ligne commerciale standard, tous frais excédentaires étant à la charge du ministère de la Santé et des Services sociaux ou d’un autre organisme qu’il désigne.

- iv) L’ensemble de l’équipement radiologique et le PACS utilisés dans le laboratoire de radiologie générale pour lequel un honoraire de numérisation est demandé (ci-après désignés les « équipements radiologiques ») doivent appartenir et profiter majoritairement à des médecins spécialistes en radiologie qui exercent dans le cadre du régime d’assurance maladie (ci-après désignés les « médecins radiologistes »).

**4.3** Le médecin spécialiste en radiologie qui souhaite obtenir la reconnaissance d’un laboratoire de radiologie générale aux fins de l’application de l’honoraire de numérisation doit présenter une demande à cet effet aux parties négociantes.

Il doit indiquer le secteur d’activités radiologiques pour lequel l’honoraire de numérisation est demandé et fournir toute l’information et la documentation nécessaire à l’analyse de sa demande et

will show that the conditions set out in section 4.2 have been satisfied.

- 4.4** There shall be established a joint committee composed of equal numbers of representatives of the Fédération and the Ministère de la Santé et des Services sociaux to which shall be referred any applications for recognition submitted under section 4.3 for the purposes of the digitization fee.

After analyzing an application, the joint committee shall make a recommendation to the negotiating parties.

- 4.5** Further to the joint committee's recommendations, the negotiating parties shall decide on and designate the general radiology laboratories that will be recognized for the purposes of the digitization fee together with the applicable sectors of radiological activity.
- 4.6** The Board shall follow up on notices received from the negotiating parties that contain information needed to apply or to cease applying the digitization fee in a designated laboratory and sector of radiological activity.

*Appeal allowed with costs in all courts, CÔTÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Bernard, Roy (Justice Québec), Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Bélanger Sauvé, Montréal.*

*Solicitors for the intervener Fédération des médecins spécialistes du Québec: Munionseil avocats inc., Montréal.*

permettant de constater que les conditions mentionnées à l'article 4.2 sont rencontrées.

- 4.4** Est créé un comité conjoint composé en parts égales de représentants de la Fédération et du ministère de la Santé et des Services sociaux auxquelles sont soumises les demandes de reconnaissance présentées en vertu de l'article 4.3 aux fins de l'application de l'honoraire de numérisation.

Au terme de son analyse, le comité conjoint fait une recommandation aux parties négociantes.

- 4.5** Suite aux recommandations du comité conjoint, les parties négociantes déterminent et désignent les laboratoires de radiologie générale qui sont reconnus aux fins de l'application de l'honoraire de numérisation ainsi que le secteur d'activités radiologiques visé.
- 4.6** La Régie donne suite aux avis transmis par les parties négociantes et comportant l'information nécessaire à l'application ou à la cessation d'application de l'honoraire de numérisation dans un laboratoire et un secteur d'activités radiologiques désignés.

*Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours, la juge CÔTÉ est dissidente.*

*Procureurs de l'appelante : Bernard, Roy (Justice Québec), Montréal.*

*Procureurs de l'intimé : Bélanger Sauvé, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération des médecins spécialistes du Québec : Munionseil avocats inc., Montréal.*

**Uniprix inc.** *Appellant*

v.

**Gestion Gosselin et Bérubé inc. and  
Manon Gosselin et Bernard Bérubé,  
pharmaciens, S.E.N.C.** *Respondents*

**INDEXED AS: UNIPRIX INC. v. GESTION GOSSELIN  
ET BÉRUBÉ INC.**

**2017 SCC 43**

File No.: 36718.

2017: January 12; 2017: July 28.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and  
Rowe JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC**

*Contracts — Interpretation — Intention of parties — Contract of affiliation — Term and renewal procedure — Contract clause stipulating that contract renewable at discretion of only one party — Validity of contract whose effects could be perpetual — Whether trial judge erred in finding that renewal clause was clear and that it faithfully represented parties' common intention of granting one of parties unilateral option to renew contract every five years, which other party would be unable to oppose — Whether possibility of contract of affiliation having perpetual effect is unlawful in Quebec civil law on basis that it is contrary to Civil Code of Québec or to public order — Civil Code of Québec, arts. 1425, 1512.*

In 1998, the respondent companies (“member pharmacists”) decided to affiliate their pharmacy with the Uniprix banner. The parties entered into a contract of affiliation for a fixed term of five years. The contract contained a clause to the effect that it would be renewed automatically unless the member pharmacists gave notice to the contrary. By virtue of that clause, the contract was renewed automatically in 2003 and 2008. On July 26, 2012, Uniprix notified the member pharmacists that their contractual relationship would terminate as of January 28, 2013. The member pharmacists objected, arguing that the contract of affiliation was to be renewed automatically unless they gave notice to the contrary. In their view, nothing in the renewal clause entitled Uniprix to oppose this renewal. Uniprix argued that it could oppose the renewal and terminate the

**Uniprix inc.** *Appelante*

c.

**Gestion Gosselin et Bérubé inc. et  
Manon Gosselin et Bernard Bérubé,  
pharmaciens, S.E.N.C.** *Intimées*

**RÉPERTORIÉ : UNIPRIX INC. c. GESTION GOSSELIN  
ET BÉRUBÉ INC.**

**2017 CSC 43**

N° du greffe : 36718.

2017 : 12 janvier; 2017 : 28 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown  
et Rowe.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Contrats — Interprétation — Intention des parties — Contrat d'affiliation — Durée et modalités de renouvellement — Clause du contrat prévoyant son renouvellement à la discrétion d'une seule partie — Validité d'un contrat aux effets potentiellement perpétuels — Le juge de première instance a-t-il erré en concluant que la clause de renouvellement est claire et qu'elle représente fidèlement l'intention commune des parties d'octroyer à l'une d'elles la faculté unilatérale de le renouveler à tous les cinq ans, sans que l'autre partie ne puisse s'y opposer? — L'effet potentiellement perpétuel du contrat d'affiliation est-il illégal en droit civil québécois, car contraire au Code civil du Québec ou à l'ordre public? — Code civil du Québec, art. 1425, 1512.*

En 1998, les sociétés intimées (« pharmaciens-membres ») décident d'affilier leur pharmacie à la bannière Uniprix. Les parties concluent un contrat d'affiliation pour une durée déterminée de cinq ans. Ce contrat contient une clause prévoyant son renouvellement automatique, à moins d'avis contraire de la part des pharmaciens-membres. Par l'effet de cette clause, le contrat est renouvelé automatiquement en 2003 et en 2008. Le 26 juillet 2012, Uniprix avise les pharmaciens-membres que leur relation contractuelle prendra fin le 28 janvier 2013. Les pharmaciens-membres s'opposent et soutiennent que le contrat d'affiliation se renouvelle automatiquement à moins d'avis contraire de leur part. Selon eux, rien dans la clause de renouvellement ne permet à Uniprix de s'opposer à ce renouvellement. Uniprix affirme pouvoir pour sa part s'opposer



contract upon the expiry of the term. Uniprix added that the interpretation proposed by the member pharmacists could have the effect of binding the parties in perpetuity, which would be contrary to public order. According to its position, the contract would therefore be considered to be one for an indeterminate term and could be resiliated at any time on reasonable notice.

The Superior Court declared that the contract was renewed and that Uniprix could resiliate the contract only for cause, not without cause as it had tried to do. The court concluded that unilateral renewal clauses are valid in Quebec law even though they might give a contract perpetual effect. The majority of the Court of Appeal affirmed that judgment. In their opinion, the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”) does not prohibit contracts that could be perpetual, and such contracts violate no fundamental value of our society. The Chief Justice, in dissent, would have allowed the appeal. In her view, the renewal clause made it impossible for Uniprix to know the contract’s termination date, which turned the contract into one for an indeterminate term. The contract could therefore be resiliated on reasonable notice, six months in this case.

*Held* (McLachlin C.J. and Côté and Rowe JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: The trial judge made no palpable and overriding error in interpreting the contract. The unilateral renewal option granted to the member pharmacists in the contract of affiliation is consistent with the other provisions of the contract, with the circumstances surrounding its signature and its object, and with the parties’ conduct in applying it.

To resolve the disagreement between the parties, the words of the contract, and more specifically those of the clause that fixes its term and the procedure for renewing it, must be interpreted. The first step in interpreting a contract is to determine whether its words are clear or ambiguous. If the words of the contract are clear, the court’s role is limited to applying them to the facts before it. If, on the other hand, the court identifies an ambiguity, it must resolve the ambiguity by proceeding to the second step of contractual interpretation. The cardinal principle that guides the second step is that “[t]he common intention of the parties rather than adherence to the literal meaning of the words shall be sought” (art. 1425 *C.C.Q.*). This interpretation exercise makes it possible to establish the term of the contract at issue and the procedure for renewing it.

au renouvellement et mettre fin au contrat à l’arrivée du terme. Uniprix ajoute que l’interprétation proposée par les pharmaciens-membres aurait potentiellement pour effet de lier les parties à perpétuité, ce qui serait contraire à l’ordre public. Suivant cette position, le contrat serait alors considéré comme étant à durée indéterminée, et il pourrait être résilié en tout temps moyennant un préavis raisonnable.

La Cour supérieure déclare que le contrat est renouvelé et qu’Uniprix peut seulement résilier le contrat pour cause, et non sans cause comme elle a tenté de le faire. Elle conclut que les clauses de renouvellement unilatérales sont valides en droit québécois, même si elles peuvent donner un effet perpétuel au contrat. Les juges majoritaires de la Cour d’appel confirment ce jugement. À leur avis, le *Code civil du Québec* (« C.c.Q. ») n’interdit pas les contrats potentiellement perpétuels et ceux-ci ne violent aucune valeur fondamentale de la société. La juge en chef, dissidente, est plutôt d’avis d’accueillir l’appel. Selon elle, la clause de renouvellement empêche Uniprix de connaître la date de fin du contrat, ce qui le transforme en un contrat à durée indéterminée. En conséquence, le contrat peut être résilié moyennant un préavis raisonnable, soit six mois en l’espèce.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Côté et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : Le juge de première instance n’a commis aucune erreur manifeste et déterminante dans son exercice d’interprétation du contrat. La faculté de renouvellement unilatérale que le contrat d’affiliation accorde aux pharmaciens-membres est cohérente avec les autres dispositions du contrat, le contexte entourant sa signature et son objet, ainsi que le comportement des parties dans son application.

Pour résoudre le désaccord entre les parties, il faut interpréter les termes du contrat, et plus particulièrement la clause qui en fixe la durée et les modalités de renouvellement. La première étape de l’exercice d’interprétation d’un contrat est de déterminer si ses termes sont clairs ou ambigus. Si les termes du contrat sont clairs, le rôle du tribunal se limite à les appliquer à la situation factuelle qui lui est soumise. À l’inverse, si le tribunal décèle une ambiguïté, il doit la résoudre en procédant à la seconde étape de l’interprétation du contrat. Le principe cardinal qui guide la seconde étape consiste à « rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s’arrêter au sens littéral des termes utilisés » (art. 1425 *C.c.Q.*). Cet exercice d’interprétation permet de déterminer la durée et les modalités de renouvellement du contrat en cause.

Characterizing and interpreting a contract are two distinct actions. In Quebec civil law, it is the classification of the contract — based on the rules that apply to it, the conditions that apply to its formation, its object and how it is performed — that makes it possible to define the nature of the contract and thereby determine how it should be characterized. In other words, a contract is characterized on the basis of its nature, by associating it with a category of nominate contracts or with a specific class of contracts, but the term of the contract is not characterized, as it instead depends on the interpretation of the contract's words.

Contractual interpretation involves the consideration of a multitude of facts. It is a question of mixed fact and law, and the Court's role is limited to deciding whether the trial judge committed a palpable and overriding error in this regard. In this case, the trial judge's interpretation to the effect that the renewal clause gave the member pharmacists the right to renew the contract of affiliation as they saw fit every five years is not tainted by a palpable and overriding error. On the contrary, it is perfectly consistent with the other undertakings stipulated in the contract and with the circumstances in which it was formed.

First of all, the renewal clause itself is in no way ambiguous. It specifically provides that the member pharmacists can notify Uniprix of their intention to renew or not to renew the contract. But it does not stipulate that Uniprix can give a similar notice to the member pharmacists. Furthermore, the second paragraph clearly provides that should the member pharmacists fail to send the prescribed notice to Uniprix, the agreement will be deemed to have been renewed. By virtue of art. 2847 *C.C.Q.*, the word "deemed" in the contract creates a presumption that is absolute and irrebuttable. As a result, if the member pharmacists send no notice to Uniprix, renewal is automatic and Uniprix cannot oppose it. The other clauses dealing with the termination of the contract relate solely to the option to resiliate the contract for cause that is conferred on Uniprix. All of these provisions form an integral part of the agreement between the parties, and they must be read and interpreted as a whole.

Moreover, it is not inappropriate to interpret an otherwise clear contract on a subsidiary basis in order to conclude that that interpretation confirms the clear meaning of its words. In this case, an analysis of the circumstances in which the contract was concluded confirms that the parties intended to leave the renewal of the contract to the

La qualification et l'interprétation du contrat sont deux opérations distinctes. En droit civil québécois, c'est la classification du contrat — selon sa réglementation, ses conditions de formation, son objet et son mode d'exécution — qui permet d'en préciser la nature et d'ainsi cerner la qualification qui lui est propre. Autrement dit, on qualifie un contrat selon sa nature, en le rattachant à une catégorie de contrats nommés ou à une espèce particulière de contrats, mais on ne qualifie pas la durée du contrat, qui relève plutôt de l'interprétation de ses termes.

L'interprétation des contrats implique l'examen d'une multitude d'éléments factuels. Il s'agit d'une question mixte de fait et de droit et le rôle de la Cour se limite à déterminer si le juge de première instance a commis une erreur manifeste et déterminante à cet égard. En l'espèce, l'interprétation du juge de première instance suivant laquelle la clause de renouvellement confère aux pharmaciens-membres le droit de renouveler le contrat d'affiliation à leur gré, tous les cinq ans, n'est entachée d'aucune erreur manifeste et déterminante. Au contraire, elle est parfaitement compatible avec les autres engagements prévus au contrat et avec le contexte dans lequel il a été conclu.

Tout d'abord, la clause de renouvellement elle-même ne souffre d'aucune ambiguïté. Elle prévoit spécifiquement la possibilité pour les pharmaciens-membres de transmettre un avis à Uniprix pour l'aviser de leur intention de renouveler ou non le contrat. Cependant, elle ne prévoit aucunement qu'Uniprix puisse envoyer un avis similaire aux pharmaciens-membres. En outre, le second paragraphe indique clairement qu'à défaut pour les pharmaciens-membres d'envoyer l'avis prescrit à Uniprix, la convention sera réputée renouvelée. Or, suivant l'art. 2847 *C.c.Q.*, l'utilisation du terme « réputée » dans le contrat crée une présomption absolue et irréfragable. En conséquence, lorsque les pharmaciens-membres n'envoient aucun avis à Uniprix, le renouvellement s'opère automatiquement, sans qu'Uniprix ne puisse s'y opposer. Les autres clauses traitant de la fin du contrat reflètent uniquement la faculté de résiliation pour cause conférée à Uniprix. Toutes ces dispositions font partie intégrante de l'entente conclue entre les parties et elles doivent être lues et interprétées comme un tout.

En outre, il n'est pas inapproprié d'interpréter un contrat par ailleurs clair pour conclure, de façon subsidiaire, que cette interprétation confirme le sens limpide de ses termes. En l'espèce, l'analyse du contexte entourant la conclusion du contrat confirme la volonté des parties de laisser son renouvellement à la discrétion des

discretion of the member pharmacists. First, Uniprix was created for the benefit of member pharmacists who had joined together for the purpose of developing their respective commercial and professional practices. Uniprix exists to serve its members. It thus makes sense that Uniprix will serve its members until they themselves decide to withdraw from the group, and that Uniprix therefore cannot terminate the contract without cause. Second, the very conduct of the parties supports this interpretation: twice, Uniprix recognized that the silence of the member pharmacists bound the parties for an additional five-year term. To interpret the contract of affiliation in such a way as to give Uniprix the power to oppose the renewal desired by the member pharmacists would therefore be contrary to the words of the renewal clause, to the general scheme of the contract of affiliation, to the circumstances in which it was concluded, and to how it has been applied by the parties.

The fact that the term of Uniprix's obligations pursuant to the contract of affiliation depends on the will of the member pharmacists to renew it does not transform the contract into one for an indeterminate term. In this case, the parties agreed on a clear term of five years together with an equally clear renewal mechanism that would enable them to pursue their business relationship for fixed five-year periods. A conclusion that the contract is one for an indeterminate term would fly in the face of logic and the clearly expressed intention of the parties. In the same way, art. 1512 *C.C.Q.* cannot be applied to fix a term for the contract of affiliation. It applies where there is no term or where the term is uncertain, but does not apply to thwart the automatic renewal of a contract whose term is, as in this case, clearly defined. In any event, neither party has applied for this independent remedy. The Superior Court and the majority of the Court of Appeal were right in holding that the parties intended to be bound by a renewal mechanism whose effects could be perpetual.

Nothing in the *Code* prohibits contracts such as the contract of affiliation from having effects that could be perpetual. Nor is there any basis for concluding that such contracts are contrary to public order. When it enacted the *Code*, the legislature decided to place limits on only certain specific types of contracts, declining to enact a general provision prohibiting all perpetual contracts. Nothing in the *Code*, the academic literature or the case law supports the position that a contract of affiliation whose effects could be perpetual is contrary to Quebec civil law. It is true that the courts may raise to the rank of a principle

pharmaciens-membres. D'abord, Uniprix a été créée pour le bénéfice de pharmaciens-membres qui se sont associés pour le développement de leur pratique commerciale et professionnelle respective. La raison d'être d'Uniprix est de servir ses membres. Partant, il est logique qu'Uniprix soit au service de ces derniers jusqu'à ce qu'ils décident eux-mêmes de se retirer du regroupement, et qu'il ne lui soit donc pas possible de mettre fin au contrat sans cause. Ensuite, la conduite même des parties appuie cette interprétation puisqu'à deux reprises, Uniprix a reconnu que le silence des pharmaciens-membres liait les parties pour un terme additionnel de cinq ans. Interpréter le contrat d'affiliation de façon à donner à Uniprix la faculté de s'opposer au renouvellement souhaité par les pharmaciens-membres serait en conséquence contraire aux termes de la clause de renouvellement, à l'économie générale du contrat d'affiliation, au contexte dans lequel il a été conclu, et à l'application qu'en ont faite les parties.

Le fait que la durée des obligations d'Uniprix aux termes du contrat d'affiliation dépende de la volonté des pharmaciens-membres de le renouveler ne transforme pas le contrat en un contrat à durée indéterminée. En l'espèce, les parties se sont entendues sur un terme clair de cinq ans, qu'elles ont assorti d'un mécanisme de renouvellement tout aussi clair leur permettant de poursuivre leur relation commerciale pour des périodes déterminées de cinq ans. Conclure que le contrat en serait un à durée indéterminée choquerait la logique et l'intention clairement exprimée par les parties. De la même manière, il est impossible de recourir à l'art. 1512 *C.c.Q.* pour fixer un terme au contrat d'affiliation. Cet article s'applique en l'absence d'un terme ou devant un terme incertain, mais pas pour faire échec au renouvellement automatique d'un contrat dont le terme est clairement défini, comme c'est le cas en l'espèce. À tout événement, aucune des parties n'a demandé que ce recours autonome soit appliqué. La Cour supérieure et la majorité de la Cour d'appel ont conclu à bon droit que les parties ont voulu se lier par un mécanisme de renouvellement dont les effets peuvent être perpétuels.

Rien dans le *Code* n'interdit les effets potentiellement perpétuels d'un contrat tel que le contrat d'affiliation. Rien ne permet non plus de conclure que ces contrats sont contraires à l'ordre public. En effet, au moment d'adopter le *Code*, le législateur a décidé de n'encadrer que certains types de contrats particuliers, refusant d'adopter une disposition générale qui aurait interdit tout contrat à portée perpétuelle. Ni les dispositions du *Code*, ni la doctrine, ni la jurisprudence n'appuient la position selon laquelle un contrat d'affiliation ayant potentiellement des effets perpétuels est contraire au droit civil

of public order any unwritten rule that is consistent with the fundamental values of society. Nevertheless, it must in every case be possible to tie the concept of public order to specific values or principles that might be violated by the contractual provisions at issue. Perpetual obligations do not in themselves offend any of our fundamental societal values and are not generally contrary to public order. There are circumstances in which the imposition of perpetual obligations whose nature is such as to affect an individual's person and freedom could offend public order. But in the context of a corporate and commercial partnership such as the one between Uniprix and the member pharmacists, the individual freedom of the contracting parties is not at stake, and public order cannot override the parties' intention.

There is no basis for reversing the trial judge's conclusion that the contract of affiliation is for a fixed term and that the option to renew it upon the expiry of each term is limited to the member pharmacists. The notice of non-renewal sent by Uniprix accordingly violates the terms of the contract of affiliation and may not be set up against the member pharmacists. Because the contract is not for an indeterminate term, Uniprix could not resiliate it without cause on reasonable notice as it tried to do.

*Per* McLachlin C.J. and Côté and Rowe JJ. (dissenting): A contract without ambiguity is to be applied, not interpreted. But the trial judge's conclusion that the contract of affiliation is clear and need not be interpreted is a palpable and overriding error. A reading of the entire contract reveals ambiguities which should have led the trial judge to go on to interpret the parties' common intention under art. 1425 of the *Civil Code of Québec*.

First, it is not clear from the renewal clause's wording that it is stipulated uniquely in favour of the member pharmacists. The clause clearly makes Uniprix the beneficiary of a notice obligation. But nothing about the wording of the clause clarifies that the presumption of renewal in paragraph two of the clause is stipulated in favour of one party or the other. Second, reference to other portions of the contract does nothing to resolve the ambiguity. Third, the ambiguity is magnified by the interaction between the express term of 60 months and the renewal clause. The presence of an express 60-month contractual term typically denotes the termination of

québécois. Il est vrai que les tribunaux ont le pouvoir d'élever au rang de principe d'ordre public toute règle non écrite qui s'accorde avec les valeurs fondamentales de la société. Néanmoins, il faut dans tous les cas être en mesure de lier la notion d'ordre public à des valeurs ou à des principes précis auxquels pourraient contrevenir les stipulations contractuelles en cause. Les obligations perpétuelles ne choquent en elles-mêmes aucune valeur fondamentale de notre société, et ne sont pas contraires à l'ordre public de façon générale. Dans certaines circonstances, l'imposition d'obligations perpétuelles dont la nature mettrait en jeu la personne même et la liberté d'un individu pourrait choquer l'ordre public. Or, dans un contexte de partenariat corporatif et commercial comme celui qui unit Uniprix et les pharmaciens-membres, la liberté individuelle des contractants n'est pas en jeu et l'ordre public ne saurait faire échec à la volonté des parties.

Rien ne permet d'écarter la conclusion du juge de première instance selon laquelle le contrat d'affiliation est à durée déterminée et permet uniquement aux pharmaciens-membres de le renouveler à l'arrivée de chaque terme. En conséquence, l'avis de non-renouvellement envoyé par Uniprix est contraire aux termes du contrat d'affiliation et est inopposable aux pharmaciens-membres. Puisque ce contrat n'est pas à durée indéterminée, Uniprix ne pouvait pas le résilier sans cause moyennant un préavis raisonnable, comme elle a tenté de le faire.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Côté et Rowe (dissidents) : Un contrat sans ambiguïté doit être appliqué, et non interprété. La conclusion du juge de première instance portant que le contrat d'affiliation est clair et n'a pas besoin d'être interprété constitue néanmoins une erreur manifeste et déterminante. Une lecture du contrat dans son intégralité révèle des ambiguïtés qui auraient dû le mener à interpréter la commune intention des parties comme le prescrit l'art. 1425 du *Code civil du Québec*.

Premièrement, il ne ressort pas clairement du libellé de la clause de renouvellement que celle-ci est stipulée uniquement en faveur des pharmaciens-membres. Selon ce libellé, il est évident qu'Uniprix est la bénéficiaire de l'obligation de donner un avis. Cependant, rien dans le libellé de la clause ne précise que la présomption de renouvellement qui y est énoncée au deuxième paragraphe est stipulée en faveur d'une partie ou de l'autre. Deuxièmement, le renvoi à d'autres parties du contrat ne résout en rien cette ambiguïté. Troisièmement, l'ambiguïté est amplifiée par l'interaction entre la stipulation expresse d'un terme de 60 mois et la clause de renouvellement. La

obligations for both parties on expiry of the term. But when read in light of the renewal clause, the term apparently functions asymmetrically to bind Uniprix, though not the member pharmacists, in potential perpetuity. Fourth, when the member pharmacists' tendered interpretation — that Uniprix is bound forever solely at the member pharmacists' discretion — is considered in the context of the agreement's other clauses, the unreasonable result produced suggests an inquiry into whether the parties intended to be so bound. The potential for the interests of a particular member to conflict with those of the collective raises a question as to whether the parties intended that Uniprix be forever beholden to any individual member. Finally, the extent to which the renewal is automatic is itself an open question. The clause's wording suggests the renewal is contingent, not automatic. The renewal clause kicks in only if the member pharmacists fail to provide notice of whether they will leave or stay.

However, even if it is assumed that the trial judge's reading of the renewal clause was correct, the contract of affiliation should be characterized as an indeterminate one and the appeal should be allowed on this basis. The characterization of a contract determines the juridical category into which it falls and the legal consequences attaching to it as a result. Characterization and interpretation of a contract are discrete tasks that should not be confused. Unlike the interpretive exercise, where the trial judge seeks out the parties' common intention, the trial judge is not bound by the parties' ostensible, or even preferred, characterization. Instead, characterization is a question of law that is left to the determination of the court. The determination of the contract's term is a matter of legal characterization, since it is concerned with the intended legal effects of the agreement and the presence or absence of an extinctive term is essential to the nature of contracts of successive performance with a fixed term.

In this case, the juridical effect of the renewal clause is to extend the same contract for a further period of time. Since only the member pharmacists may oppose renewal, only they have the benefit of a certain term that will extinguish their obligations. The result is that the contract of affiliation would effectively have a hybrid term: one of five years as applied to the member pharmacists;

présence d'une clause contractuelle qui prévoit expressément un terme de 60 mois signifie habituellement que les obligations des deux parties prendront fin à l'expiration de ce terme. Or, lorsqu'on la lit à la lumière de la disposition portant sur le renouvellement, la clause semble fonctionner de façon asymétrique en liant Uniprix, mais non les pharmaciens-membres, potentiellement à perpétuité. Quatrièmement, lorsque l'interprétation présentée par les pharmaciens-membres — selon laquelle Uniprix est liée à perpétuité à leur seule discrétion — est placée dans le contexte des autres stipulations de la convention, le résultat déraisonnable qui en découle justifie un examen pour savoir si les parties avaient l'intention d'être liées de cette façon. La possibilité que les intérêts d'un membre précis soient en conflit avec ceux du groupe soulève la question de savoir si les parties avaient l'intention qu'Uniprix soit toujours redevable envers chaque membre individuel. En dernier lieu, la mesure dans laquelle le renouvellement est automatique est une question qui demeure entière. Le texte de la clause donne à penser que le renouvellement est conditionnel, et non automatique. La clause de renouvellement ne s'applique que si les pharmaciens-membres ne donnent pas un avis de leur intention de mettre fin à l'entente ou de la renouveler.

Toutefois, même si on tient pour acquis que la lecture par le juge de première instance de la clause de renouvellement était correcte, le contrat d'affiliation devrait être qualifié de contrat à durée indéterminée et l'appel accueilli sur ce fondement. La qualification d'un contrat détermine la catégorie juridique dont il relève, et, donc, les conséquences juridiques qui s'y rattachent. La qualification et l'interprétation d'un contrat sont des démarches distinctes qui ne devraient pas être confondues. Si, à l'étape de l'interprétation, le juge de première instance recherche l'intention commune des parties, à l'étape de la qualification, il n'est pas lié par celle que les parties ont donnée au contrat, ni même par celle que les parties préfèrent. La qualification est plutôt une question de droit qui est réservée au tribunal. La détermination du terme d'un contrat est une question de qualification juridique, car elle porte sur les effets juridiques recherchés par la convention, et la présence ou l'absence d'un terme extinctif est essentielle à la nature des contrats à exécution successive d'une durée déterminée.

En l'espèce, l'effet juridique de la clause de renouvellement est de proroger le contrat pour une durée additionnelle. Puisque seuls les pharmaciens-membres peuvent s'opposer au renouvellement, eux seuls bénéficient d'un terme certain qui éteindra leurs obligations. En réalité, le contrat d'affiliation aurait donc un terme hybride : un de cinq ans qui s'applique aux pharmaciens-membres, et un

but one of potential perpetuity, or indeterminacy, as applied to Uniprix. However, a contract's term must function symmetrically for both parties and the possibility of a hybrid term should not be endorsed. Therefore, there are two possible characterizations of this agreement. The contract either has a perpetual term — that is, a fixed term of forever with an option to exit arising periodically for the member pharmacists, in which case the public order analysis becomes relevant — or is for an indeterminate term, because there is no clear extinctive term. The correct characterization is the latter one. This conclusion is consistent with the well-established principle that contracts with a purportedly certain extinctive term are to be characterized as indeterminate where the realization of the term is dependent on the decision of only one of the parties. It is also consistent with the law's reluctance to infer perpetuity in the absence of the parties' express stipulation to that effect.

A contract for an indeterminate term may be resiliated on reasonable notice. The reasonableness of the notice of resiliation in any given case is a fact-driven, contextual inquiry. Considering the fact that Uniprix sent a notice of resiliation on July 26, 2012, the member pharmacists will have benefitted from a reasonable notice by the date of this decision. Therefore, the contract of affiliation should be declared to be terminated as of this date.

### Cases Cited

By Wagner and Gascon JJ.

**Distinguished:** *BMW Canada inc. v. Automobiles Jalbert inc.*, 2006 QCCA 1068; *9077-0801 Québec inc. v. Société des loteries vidéo du Québec inc.*, 2012 QCCA 885; *Bombardier Produits récréatifs inc. (BRP) v. Christian Moto Sport inc. (CMS)*, 2012 QCCA 1670; *Placements Sergakis inc. v. Société des loteries vidéo du Québec inc.*, 2009 QCCS 4976; *E. & S. Salsberg inc. v. Dylex Ltd.*, [1992] R.J.Q. 2445; *Bussièrès (Véhicules récréatifs Gascon enr.) v. Yamaha Motor Canada Ltd.*, 2006 QCCS 905; *Bertrand Équipements inc. v. Kubota Canada ltée*, [2002] R.J.Q. 1329; *Équipement LDL inc. v. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCS 4943; **approved:** *Triou v. Teman*, 2016 QCCA 908; **considered:** *Consumers Cordage Co. v. St. Gabriel Land & Hydraulic Co.*, [1945] S.C.R. 158; *Parkway Pontiac Buick inc. v. General Motors du Canada ltée*, 2012 QCCS 618; **referred to:** *Tétreault v. Gagnon*, [1962] S.C.R. 766; *Montréal, Maine & Atlantique Canada Cie*

potentiellement perpétuel, ou d'une durée indéterminée, qui s'applique à Uniprix. Toutefois, le terme d'un contrat doit fonctionner de façon symétrique pour les deux parties et il ne convient pas d'entériner la possibilité qu'un terme soit hybride. Par conséquent, cette entente peut être qualifiée de deux façons. Soit le contrat est d'une durée perpétuelle — c'est-à-dire qu'il est d'une durée déterminée pour toujours et que les pharmaciens-membres ont l'option périodique de s'en retirer, auquel cas l'analyse de la question de l'ordre public devient pertinente —, soit le contrat est d'une durée indéterminée, parce qu'il n'y a pas de terme extinctif clair. La qualification appropriée est la deuxième. Cette conclusion est compatible avec le principe bien établi portant que les contrats qui ont prétendument un terme extinctif certain doivent être qualifiés de contrats à durée indéterminée lorsque la réalisation du terme est dépendante de la décision d'une seule partie. Cette conclusion est également compatible avec la réticence du droit à ce que la perpétuité soit inférée en l'absence d'une stipulation expresse des parties en ce sens.

Un contrat à durée indéterminée peut être résilié moyennant un préavis raisonnable. Le caractère raisonnable de l'avis de résiliation dans un cas donné repose en grande partie sur les faits et sur le contexte. Comme Uniprix a envoyé un avis de résiliation le 26 juillet 2012, les pharmaciens-membres auront bénéficié d'un préavis raisonnable à la date de la présente décision. En conséquence, il y a lieu de déclarer que le contrat d'affiliation prend fin à cette date.

### Jurisprudence

Citée par les juges Wagner et Gascon

**Distinction d'avec les arrêts :** *BMW Canada inc. c. Automobiles Jalbert inc.*, 2006 QCCA 1068; *9077-0801 Québec inc. c. Société des loteries vidéo du Québec inc.*, 2012 QCCA 885; *Bombardier Produits récréatifs inc. (BRP) c. Christian Moto Sport inc. (CMS)*, 2012 QCCA 1670; *Placements Sergakis inc. c. Société des loteries vidéo du Québec inc.*, 2009 QCCS 4976; *E. & S. Salsberg inc. c. Dylex Ltd.*, [1992] R.J.Q. 2445; *Bussièrès (Véhicules récréatifs Gascon enr.) c. Yamaha Motor Canada Ltd.*, 2006 QCCS 905; *Bertrand Équipements inc. c. Kubota Canada ltée*, [2002] R.J.Q. 1329; *Équipement LDL inc. c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCS 4943; **arrêt approuvé :** *Triou c. Teman*, 2016 QCCA 908; **arrêts examinés :** *Consumers Cordage Co. c. St. Gabriel Land & Hydraulic Co.*, [1945] R.C.S. 158; *Parkway Pontiac Buick inc. c. General Motors du Canada ltée*, 2012 QCCS 618; **arrêts mentionnés :** *Tétreault c. Gagnon*, [1962] R.C.S. 766;

(*Montreal, Maine & Atlantic Canada Co.*) (*MMA*), *Re*, 2014 QCCA 2072, 49 R.P.R. (5th) 210; *Station Mont-Tremblant v. Banville-Joncas*, 2017 QCCA 939; *Martin v. Dupont*, 2016 QCCA 475; *Provigo Distribution inc. v. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47; *Droit de la famille — 171197*, 2017 QCCA 861; *Samen Investments Inc. v. Monit Management Ltd.*, 2014 QCCA 826; *Éolelectric inc. v. Kruger, groupe Énergie*, 2015 QCCA 365; *Rouge Resto-bar inc. v. Zoom Média inc.*, 2013 QCCA 443; *Habitations Gilles Stébenne inc. v. 9166-9929 Québec inc.*, 2016 QCCS 2953; *Larouche v. Néron*, 2016 QCCA 692; *Lamco II s.e.c. v. Québec (Ville)*, 2016 QCCA 757; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Immeubles Régime XV inc. v. Indigo Books & Music Inc.*, 2012 QCCA 239; *Cie canadienne d'assurances générales Lombard v. Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d'assurances générales*, 2016 QCCA 1903; *2320-4035 Québec inc. v. Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux du Centre-Sud-de-l'Île-de-Montréal (CIUSSS CSIM) (Centre de réadaptation en déficience intellectuelle et en troubles envahissants du développement de Montréal)*, 2017 QCCA 427; *Construction BFC Foundation ltée v. Entreprises Pro-Sag inc.*, 2013 QCCA 1253; *Pépin v. Pépin*, 2012 QCCA 1661; *Ferme Vi-Ber inc. v. Financière agricole du Québec*, 2016 SCC 34, [2016] 1 S.C.R. 1032; *Lac-Sergent (Ville) v. Lapointe*, 2012 QCCA 1935; *Association des diplômés de l'École des hautes études commerciales de Montréal v. Aeterna-Vie Cie d'assurance*, [1995] R.R.A. 111; *Cyclorama de Jérusalem Inc. v. Congrégation du Très Saint Rédempteur*, [1964] S.C.R. 595; *Neale v. Katz*, [1979] C.A. 192; *Cass. civ. 1<sup>re</sup>*, January 18, 2000, *Bull. civ. 1 10*, n° 98-10.378; *Cass. civ.*, June 25, 1907, D.P. 1907.1.337; *Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, 2002 SCC 21, [2002] 1 S.C.R. 719; *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178; *Asphalte Desjardins inc. v. Québec (Commission des normes du travail)*, 2013 QCCA 484, rev'd 2014 SCC 51, [2014] 2 S.C.R. 514.

By Côté J. (dissenting)

*Samen Investments Inc. v. Monit Management Ltd.*, 2014 QCCA 826; *Bisignano v. Système électronique Rayco ltée*, 2014 QCCA 292; *Turenne v. Banque Nationale du Canada*, [1983] J.Q. n° 354 (QL); *J.V. v. Cie d'assurance-vie Croix Bleue*, 2013 QCCA 1686; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Gregory v. Château Drummond inc.*, 2012 QCCA 601; *Pépin v. Pépin*, 2012 QCCA 1661; *Alexis Nihon Cie v. Dupuis*, [1960] S.C.R. 53; *National*

*Montréal, Maine & Atlantique Canada Cie (Montreal, Maine & Atlantic Canada Co.) (MMA), Re*, 2014 QCCA 2072, 49 R.P.R. (5th) 210; *Station Mont-Tremblant c. Banville-Joncas*, 2017 QCCA 939; *Martin c. Dupont*, 2016 QCCA 475; *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47; *Droit de la famille — 171197*, 2017 QCCA 861; *Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd.*, 2014 QCCA 826; *Éolelectric inc. c. Kruger, groupe Énergie*, 2015 QCCA 365; *Rouge Resto-bar inc. c. Zoom Média inc.*, 2013 QCCA 443; *Habitations Gilles Stébenne inc. c. 9166-9929 Québec inc.*, 2016 QCCS 2953; *Larouche c. Néron*, 2016 QCCA 692; *Lamco II s.e.c. c. Québec (Ville)*, 2016 QCCA 757; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Immeubles Régime XV inc. c. Indigo Books & Music Inc.*, 2012 QCCA 239; *Cie canadienne d'assurances générales Lombard c. Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d'assurances générales*, 2016 QCCA 1903; *2320-4035 Québec inc. c. Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux du Centre-Sud-de-l'Île-de-Montréal (CIUSSS CSIM) (Centre de réadaptation en déficience intellectuelle et en troubles envahissants du développement de Montréal)*, 2017 QCCA 427; *Construction BFC Foundation ltée c. Entreprises Pro-Sag inc.*, 2013 QCCA 1253; *Pépin c. Pépin*, 2012 QCCA 1661; *Ferme Vi-Ber inc. c. Financière agricole du Québec*, 2016 CSC 34, [2016] 1 R.C.S. 1032; *Lac-Sergent (Ville) c. Lapointe*, 2012 QCCA 1935; *Association des diplômés de l'École des hautes études commerciales de Montréal c. Aeterna-Vie Cie d'assurance*, [1995] R.R.A. 111; *Cyclorama de Jérusalem Inc. c. Congrégation du Très Saint Rédempteur*, [1964] R.C.S. 595; *Neale c. Katz*, [1979] C.A. 192; *Cass. civ. 1<sup>re</sup>*, 18 janvier 2000, *Bull. civ. 1 10*, n° 98-10.378; *Cass. civ.*, 25 juin 1907, D.P. 1907.1.337; *Goulet c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, 2002 CSC 21, [2002] 1 R.C.S. 719; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178; *Asphalte Desjardins inc. c. Québec (Commission des normes du travail)*, 2013 QCCA 484, inf. par 2014 CSC 51, [2014] 2 R.C.S. 514.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd.*, 2014 QCCA 826; *Bisignano c. Système électronique Rayco ltée*, 2014 QCCA 292; *Turenne c. Banque Nationale du Canada*, [1983] J.Q. n° 354 (QL); *J.V. c. Cie d'assurance-vie Croix Bleue*, 2013 QCCA 1686; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Gregory c. Château Drummond inc.*, 2012 QCCA 601; *Pépin c. Pépin*, 2012 QCCA 1661; *Alexis Nihon Cie c. Dupuis*, [1960] R.C.S. 53; *Banque*

*Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029; *Centre de santé et de services sociaux de l'Énergie v. Société immobilière Lemieux inc.*, 2011 QCCA 972; *Cogefimo inc. v. Société Coinamatic inc.*, [1998] R.D.I. 193; *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *Tétreault v. Gagnon*, [1962] S.C.R. 766; *Services Matrec inc. v. CFH Sécurité inc.*, 2014 QCCA 221; *Neale v. Katz*, [1979] C.A. 192; *E. & S. Salsberg inc. v. Dylex Ltd.*, [1992] R.J.Q. 2445; *Standard Broadcasting Corp. v. Stewart*, [1994] R.J.Q. 1751; *BMW Canada inc. v. Automobiles Jalbert inc.*, 2006 QCCA 1068; *9077-0801 Québec inc. v. Société des loteries vidéo du Québec inc.*, 2012 QCCA 885.

### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Lower Canada*, art. 1013.  
*Civil Code of Québec*, arts. 9, 365 to 377, 380, 1378 to 1384, 1379, 1380, 1381, 1383, 1414, 1425, 1425 to 1432, 1426, 1427, 1428, 1434 to 1439, 1437, 1512, 1517, 1590, 1604, 1605, 1708 to 2643, 1880, 2086, 2362, 2376, 2847.  
*Code civil* (France), art. 1210.  
*Rules respecting the solemnization of civil marriages and civil unions*, CQLR, c. CCQ, r. 3.

### Authors Cited

Azéma, Jacques. *La durée des contrats successifs*. Paris: L.G.D.J., 1969.  
 Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2013.  
 Carbonnier, Jean. *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22<sup>e</sup> éd. Paris: P.U.F., 2000.  
 Fréchette, Pascal. "La qualification des contrats: aspects théoriques" (2010), 51 *C. de D.* 117.  
 Gendron, François. *L'interprétation des contrats*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2016.  
 Ghestin, Jacques, Christophe Jamin et Marc Billiau. *Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd. Paris: L.G.D.J., 2001.  
 Goldstein, Gérald, et Najla Mestiri. "La liberté contractuelle et ses limites — Études à la lueur du droit civil québécois", dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau*. Montréal: Thémis, 2003, 299.  
 Grammond, Sébastien, Anne-Françoise Debruche and Yan Campagnolo. *Quebec Contract Law*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2011.  
 Kasirer, Nicholas. "Pothier From A to Z", dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau*. Montréal: Thémis, 2003, 387.  
 Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2012.

*Bank of Greece (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029; *Centre de santé et de services sociaux de l'Énergie c. Société immobilière Lemieux inc.*, 2011 QCCA 972; *Cogefimo inc. c. Société Coinamatic inc.*, [1998] R.D.I. 193; *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *Tétreault c. Gagnon*, [1962] R.C.S. 766; *Services Matrec inc. c. CFH Sécurité inc.*, 2014 QCCA 221; *Neale c. Katz*, [1979] C.A. 192; *E. & S. Salsberg inc. c. Dylex Ltd.*, [1992] R.J.Q. 2445; *Standard Broadcasting Corp. c. Stewart*, [1994] R.J.Q. 1751; *BMW Canada inc. c. Automobiles Jalbert inc.*, 2006 QCCA 1068; *9077-0801 Québec inc. c. Société des loteries vidéo du Québec inc.*, 2012 QCCA 885.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Bas-Canada*, art. 1013.  
*Code civil du Québec*, art. 9, 365 à 377, 380, 1378 à 1384, 1379, 1380, 1381, 1383, 1414, 1425, 1425 à 1432, 1426, 1427, 1428, 1434 à 1439, 1437, 1512, 1517, 1590, 1604, 1605, 1708 à 2643, 1880, 2086, 2362, 2376, 2847.  
*Code civil* (France), art. 1210.  
*Règles sur la célébration du mariage civil ou l'union civile*, RLRQ, c. CCQ, r. 3.

### Doctrine et autres documents cités

Azéma, Jacques. *La durée des contrats successifs*, Paris, L.G.D.J., 1969.  
 Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.  
 Carbonnier, Jean. *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2000.  
 Fréchette, Pascal. « La qualification des contrats : aspects théoriques » (2010), 51 *C. de D.* 117.  
 Gendron, François. *L'interprétation des contrats*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016.  
 Ghestin, Jacques, Christophe Jamin et Marc Billiau. *Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2001.  
 Goldstein, Gérald, et Najla Mestiri. « La liberté contractuelle et ses limites — Études à la lueur du droit civil québécois », dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 299.  
 Grammond, Sébastien, Anne-Françoise Debruche and Yan Campagnolo. *Quebec Contract Law*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.  
 Kasirer, Nicholas. « Pothier From A to Z », dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 387.  
 Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2012.



Mestre, Jacques. “Obligations et contrats spéciaux: Obligations en général” (1993), 2 *R.T.D. civ.* 343.

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.

Quebec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*. Québec: Publications du Québec, 1993.

Starck, Boris, Henri Roland et Laurent Boyer. *Droit civil: les obligations*, t. 2, *Contrat*, 6<sup>e</sup> éd. Paris: Litec, 1998.

Tancelin, Maurice. *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2009.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Levesque and Émond J.J.A.), 2015 QCCA 1427, [2015] AZ-51213425, [2015] J.Q. n° 8478 (QL), 2015 CarswellQue 8578 (WL Can.), affirming a decision of Dugré J., 2013 QCCS 6251, [2013] AZ-51027703, [2013] J.Q. n° 17551 (QL), 2013 CarswellQue 12767 (WL Can.). Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Côté and Rowe J.J. dissenting.

*Hubert Sibre, Julien Archambault and Jean-Yves Fortin*, for the appellant.

*André Joli-Cœur, Nathalie Vaillant and Bénédicte Dupuis*, for the respondents.

English version of the judgment of Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown J.J. delivered by

WAGNER AND GASCON J.J. —

## I. Overview

[1] Autonomy of the will is a fundamental principle of Quebec civil law. This contractual freedom allows the parties to a contract to structure their relationship as they see fit within the limits imposed by legislation and the requirements of public order. This appeal affords this Court an opportunity to define some of those limits in relation to the legality of certain obligations stipulated in a contract whose effects could be perpetual.

Mestre, Jacques. « Obligations et contrats spéciaux : Obligations en général » (1993), 2 *R.T.D. civ.* 343.

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet, Montréal, Thémis, 2001.

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, Québec, Publications du Québec, 1993.

Starck, Boris, Henri Roland et Laurent Boyer. *Droit civil : les obligations*, t. 2, *Contrat*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1998.

Tancelin, Maurice. *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Levesque et Émond), 2015 QCCA 1427, [2015] AZ-51213425, [2015] J.Q. n° 8478 (QL), 2015 CarswellQue 8578 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Dugré, 2013 QCCS 6251, [2013] AZ-51027703, [2013] J.Q. n° 17551 (QL), 2013 CarswellQue 12767 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Côté et Rowe sont dissidents.

*Hubert Sibre, Julien Archambault et Jean-Yves Fortin*, pour l’appelante.

*André Joli-Cœur, Nathalie Vaillant et Bénédicte Dupuis*, pour les intimés.

Le jugement des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown a été rendu par

LES JUGES WAGNER ET GASCON —

## I. Aperçu

[1] Le droit civil québécois accorde une place fondamentale au principe de l’autonomie de la volonté. Cette liberté contractuelle permet aux parties à un contrat de régir leur relation comme elles le souhaitent, dans les limites prévues par la loi et l’ordre public. Ce pourvoi permet à notre Cour de cerner une partie de ces limites, au regard de la légalité de certaines obligations contenues dans un contrat dont les effets sont potentiellement perpétuels.

[2] The appellant, Uniprix inc., and the respondent companies (“member pharmacists”) entered into a contract of affiliation in 1998 for a fixed term of five years. The contract contained an automatic renewal clause, which was triggered twice, in 2003 and 2008. In 2012, however, Uniprix sent the member pharmacists a notice of non-renewal, purporting to terminate the contract as of January 2013. The renewal mechanism provided for in the contract of affiliation is central to this appeal. The member pharmacists submit that they can renew the contract as they wish, while Uniprix argues that it can oppose the renewal and terminate the contract upon the expiry of the term. Uniprix adds that the interpretation proposed by the member pharmacists could have the effect of binding the parties in perpetuity, which would be contrary to public order. According to its position, the contract would therefore be considered to be a contract for an indeterminate term, and either of the parties could resiliate it at any time on reasonable notice.

[3] The trial judge and the majority of the Court of Appeal concluded that the renewal clause is clear: it reserves for the member pharmacists an option to unilaterally renew the contract, which is perfectly legal even though its effects could be perpetual. The Chief Justice of the Court of Appeal, who dissented, would instead have concluded that the contract was one for an indeterminate term; she would have fixed a term for it pursuant to art. 1512 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.” or “Code”) or would have allowed Uniprix to terminate it on reasonable notice.

[4] We would dismiss the appeal. The trial judge made no palpable and overriding error in interpreting the contract. On the contrary, the unilateral renewal option granted to the member pharmacists in the contract of affiliation is consistent with the other provisions of the contract, with the circumstances surrounding its signature and its object, and with the parties’ conduct in applying it. Nothing in Quebec law precludes the parties from agreeing on such a mechanism even though its effects could be perpetual.

[2] L’appelante, Uniprix inc., et les sociétés intimées (« pharmaciens-membres ») ont conclu un contrat d’affiliation en 1998, pour une durée déterminée de cinq ans. Ce contrat contient une clause de renouvellement automatique qui a été déclenchée à deux reprises, en 2003 et en 2008. En 2012, Uniprix a toutefois envoyé un avis de non-renouvellement aux pharmaciens-membres, prétendant mettre fin au contrat dès janvier 2013. Le mécanisme de renouvellement prévu au contrat d’affiliation est au cœur du présent pourvoi. Les pharmaciens-membres soutiennent pouvoir renouveler le contrat à leur guise, alors qu’Uniprix affirme pouvoir pour sa part s’opposer au renouvellement et mettre fin au contrat à l’arrivée du terme. Uniprix ajoute que l’interprétation proposée par les pharmaciens-membres aurait potentiellement pour effet de lier les parties à perpétuité, ce qui serait contraire à l’ordre public. Suivant cette position, le contrat serait alors considéré comme étant à durée indéterminée, et il pourrait être résilié en tout temps par l’une ou l’autre des parties, moyennant un préavis raisonnable.

[3] Selon le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d’appel, la clause de renouvellement est claire : elle réserve aux pharmaciens-membres la faculté unilatérale de renouveler ou non le contrat, et ce, en toute légalité, malgré ses effets potentiellement perpétuels. La juge en chef de la Cour d’appel, dissidente, aurait plutôt conclu que le contrat est à durée indéterminée; elle lui aurait fixé un terme en vertu de l’art. 1512 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. » ou « Code »), ou aurait permis à Uniprix d’y mettre fin moyennant un préavis raisonnable.

[4] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi. Le juge de première instance n’a commis aucune erreur manifeste et déterminante dans son exercice d’interprétation du contrat. Bien au contraire, la faculté de renouvellement unilatérale que le contrat d’affiliation accorde aux pharmaciens-membres est cohérente avec les autres dispositions du contrat, le contexte entourant sa signature et son objet, ainsi que le comportement des parties dans son application. Rien en droit québécois n’empêche les parties de convenir d’un tel mécanisme, et ce, malgré ses effets potentiellement perpétuels.

## II. Background

[5] Uniprix was founded in 1977 by a number of Quebec owner pharmacists, including Manon Gosselin. Their objective was to give themselves a common identity, pool their purchases and, more generally, provide support for the incidental aspects of their professional activities. To become a member of this group, one had to be an owner pharmacist and subscribe for one share in Uniprix.

[6] In 1979, Ms. Gosselin and her spouse opened a pharmacy in Saint-Lambert-de-Lauzon, a town with a present-day population of approximately 6,000. It is that pharmacy that is at issue in this appeal. Originally an independent pharmacy, it became an affiliate under the Uniclinc banner in 1988. At about that time, Ms. Gosselin and her spouse became partners with Bernard Bérubé, another pharmacist, with whom they created the respondent companies, and those companies have owned the pharmacy ever since.

[7] In 1998, the respondent companies decided to affiliate their pharmacy with the Uniprix banner. At that time, the two owner pharmacists — Ms. Gosselin and Mr. Bérubé — subscribed for one share of Uniprix through their general partnership, and the parties entered into a contract of affiliation. The contract included a clause that fixed its term and the procedure for renewal:

[TRANSLATION]

### 10. TERM:

Regardless of any written or verbal provisions to the contrary, this agreement shall commence on the day of its signing and shall remain in effect for a period of sixty (60) months, or for a period equal to the term of the lease for the premises where the pharmacy is located. [The member pharmacist] shall, six (6) months before the expiration of the agreement, notify [Uniprix] of its intention to leave [Uniprix] or to renew the agreement;

Should [the member pharmacist] fail to send the prescribed notice by registered mail, the agreement shall be deemed to have been renewed in

## II. Contexte

[5] En 1977, plusieurs pharmaciens-propriétaires du Québec, dont Manon Gosselin, fondent l'entreprise Uniprix. L'objectif des pharmaciens-propriétaires est de se doter d'une identité commune, de regrouper leurs achats et, plus généralement, d'assurer un soutien pour les aspects accessoires à leurs activités professionnelles. Pour devenir membre de ce regroupement, il faut à la fois être pharmacien-propriétaire et souscrire une action d'Uniprix.

[6] En 1979, M<sup>me</sup> Gosselin et son conjoint ouvrent une pharmacie à Saint-Lambert-de-Lauzon, une ville qui compte aujourd'hui une population d'environ 6000 personnes. C'est cette pharmacie qui est en cause dans ce pourvoi. D'abord indépendante, elle est affiliée à la bannière Uniclinc en 1988. À la même époque, M<sup>me</sup> Gosselin et son conjoint s'associent à Bernard Bérubé, un autre pharmacien, avec lequel ils créent les sociétés intimées qui sont dès lors propriétaires de la pharmacie.

[7] En 1998, les sociétés intimées décident d'affilier leur pharmacie à la bannière Uniprix. Les deux pharmaciens-propriétaires — M<sup>me</sup> Gosselin et M. Bérubé — souscrivent alors une action d'Uniprix par l'intermédiaire de leur société en nom collectif, et les parties concluent un contrat d'affiliation. Ce contrat contient une clause qui fixe sa durée et ses modalités de renouvellement :

### 10. DURÉE :

Nonobstant toutes dispositions écrites ou verbales contraires, la présente convention débutera le jour de sa signature et demeurera en vigueur pour une période de soixante (60) mois ou pour une période égale à la durée du bail du local où est située la pharmacie. [Le pharmacien-membre] devra, six (6) mois avant l'expiration de la convention, faire signifier à [Uniprix] son intention de quitter [Uniprix] ou de renouveler la convention;

À défaut par [le pharmacien-membre] d'envoyer l'avis prescrit par poste recommandée, la convention sera réputée renouvelée selon les

accordance with the terms and conditions then in effect, as prescribed by the board of directors, except with regard to the fee.<sup>1</sup>

[8] Throughout the term of their contractual relationship, the member pharmacists never specifically informed Uniprix of their intentions regarding the renewal of the contract. By virtue of the second paragraph of clause 10, the contract was therefore automatically renewed on January 28, 2003 and on January 28, 2008 without any comment on Uniprix's part.

[9] In 2010, Uniprix learned that one of its competitors was planning to open an outlet in new premises located less than 200 metres from the pharmacy operated by the member pharmacists. In December of that year, unknown to the member pharmacists, Uniprix approached the owner of the premises in question with an offer to rent them. A year later, on December 14, 2011, it met with the member pharmacists to convince them to move their business into these new premises, but was unable to do so.

[10] Uniprix nonetheless leased the premises in question for a 15-year term on March 1, 2012. On July 26, 2012, a little more than six months before the expiration of the third term of its contract with the member pharmacists, it notified them that their contractual relationship would terminate as of January 28, 2013. In the months that followed, Uniprix tried once again to convince the member pharmacists to relocate, but they refused Uniprix's proposal, considering it to be less viable than their existing situation.

[11] The member pharmacists then tried to have Uniprix confirm that their contractual relationship would continue after January 28, 2013. Having received no reply, they asked the Superior Court to declare that the contract had been renewed until January 28, 2018. On January 9, 2013, they obtained a safeguard order that enjoined Uniprix to honour its

termes et conditions alors en vigueur, tels que prescrits par le conseil d'administration sauf en ce qui a trait à la cotisation<sup>1</sup>.

[8] Pendant toute la durée de leur relation contractuelle, les pharmaciens-membres n'informent jamais spécifiquement Uniprix de leur intention concernant le renouvellement du contrat. Par l'effet du second paragraphe de la clause 10, celui-ci est donc renouvelé automatiquement le 28 janvier 2003 et le 28 janvier 2008, sans qu'Uniprix ne se manifeste.

[9] En 2010, Uniprix apprend qu'une de ses concurrentes compte s'installer dans un nouveau local situé à moins de 200 mètres de la pharmacie exploitée par les pharmaciens-membres. En décembre de la même année, elle soumet une offre de location au propriétaire de ce local, à l'insu des pharmaciens-membres. Un an plus tard, le 14 décembre 2011, elle rencontre ces derniers afin de les convaincre de déménager leur pharmacie dans ce nouveau local, mais sans succès.

[10] Malgré tout, le 1<sup>er</sup> mars 2012, Uniprix loue le local convoité pour une durée de 15 ans. Le 26 juillet 2012, soit un peu plus de six mois avant l'arrivée du troisième terme du contrat signé avec les pharmaciens-membres, elle avise ces derniers que leur relation contractuelle prendra fin le 28 janvier 2013. Dans les mois suivants, Uniprix essaie encore de convaincre les pharmaciens-membres de se relocaliser, mais ces derniers refusent cette proposition, la jugeant moins rentable que leur situation actuelle.

[11] Les pharmaciens-membres tentent alors d'obtenir une confirmation de la part d'Uniprix que leur relation contractuelle se poursuivra au-delà du 28 janvier 2013. N'ayant reçu aucune réponse, ils demandent à la Cour supérieure de déclarer que le contrat est renouvelé jusqu'au 28 janvier 2018. Le 9 janvier 2013, ils obtiennent une ordonnance de

<sup>1</sup> On October 12, 2000, the parties deleted the following words from clause 10: "as prescribed by the board of directors, except with regard to the fee". This change is not relevant for the purposes of this appeal.

<sup>1</sup> Le 12 octobre 2000, les parties ont retiré de la clause 10 les mots « tels que prescrits par le conseil d'administration sauf en ce qui a trait à la cotisation ». Ce changement est sans importance pour les fins du présent pourvoi.

contractual obligations until the matter could be resolved by way of a final judgment.

### III. Judicial History

#### A. *Quebec Superior Court (Dugré J.), 2013 QCCS 6251*

[12] Dugré J., who heard the case on its merits, declared that the contract was renewed until January 28, 2018 in accordance with the terms in effect as of July 28, 2012, the last day on which it was possible for the member pharmacists to inform Uniprix whether they intended to renew their contract of affiliation.

[13] Finding that the language of clause 10 was clear and did not need to be interpreted, he added that the clause had been stipulated for the benefit of the member pharmacist, who could thus [TRANSLATION] “renew the agreement as [he or she] saw fit every five years” (para. 40 (CanLII)), and that this was confirmed by an analysis of the contract as a whole. This interpretation implied as a corollary that Uniprix could resiliate the contract only for cause, not without cause as it had tried to do.

[14] In the trial judge’s opinion, the parties’ conduct was a contextual factor that confirmed this interpretation. In this regard, he observed that they had in 2003 and 2008 accepted the automatic renewal of the contract pursuant to clause 10. It is well established that how the parties to a contract interpret and apply it is particularly helpful for the purpose of determining the substance of and the intention behind the contract.

[15] The trial judge found that this clause was perfectly valid because it was contrary neither to prohibitive legislation nor to public order. He concluded that unilateral renewal clauses are valid in Quebec law even though there may be cases in which they give a contract perpetual effect.

sauvegarde enjoignant à Uniprix de respecter ses obligations contractuelles jusqu’à ce qu’un jugement définitif règle la question.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure du Québec (le juge Dugré), 2013 QCCS 6251*

[12] Saisi du fond de l’affaire, le juge Dugré déclare que le contrat est renouvelé jusqu’au 28 janvier 2018 selon les termes en vigueur au 28 juillet 2012, soit la date ultime à laquelle les pharmaciens-membres pouvaient faire part à Uniprix de leur intention de renouveler ou non le contrat d’affiliation.

[13] D’avis que le libellé de la clause 10 est clair et n’a pas besoin d’être interprété, il ajoute que cette clause est stipulée en faveur du pharmacien-membre, qui peut ainsi « renouveler la convention à son gré, tous les cinq ans » (par. 40 (CanLII)), comme le confirme l’analyse de l’ensemble du contrat. Cette interprétation implique comme corollaire qu’Uniprix peut seulement résilier le contrat pour cause, et non sans cause comme elle a tenté de le faire.

[14] De l’avis du juge, le comportement des parties est un élément contextuel qui confirme cette interprétation. À cet égard, il retient que, en 2003 et en 2008, elles ont accepté que le contrat soit renouvelé automatiquement en application de la clause 10. Or, il est bien établi que la façon dont les parties interprètent et appliquent leur contrat est particulièrement utile pour en déterminer la portée et l’intention.

[15] Selon le premier juge, cette clause est parfaitement valide puisqu’elle n’est contraire ni aux lois prohibitives, ni à l’ordre public. Il conclut que les clauses de renouvellement unilatérales sont valides en droit québécois, même si, dans certains cas, elles peuvent donner un effet perpétuel au contrat.

B. *Quebec Court of Appeal, 2015 QCCA 1427*(1) Majority Reasons of Levesque and Émond J.J.A.

[16] The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal. In their view, although Uniprix had originally been created for the sole purpose of serving its members, it was now trying to insinuate itself into their business decisions by prevailing on the member pharmacists to participate in a project that was not to their advantage, threatening to terminate their business relationship with it if they did not.

[17] The majority agreed with the trial judge that the clause was clear and did not need to be interpreted. In their opinion, the contract was for a fixed term and was renewed automatically unless the member pharmacists gave notice to the contrary. In agreeing to this mechanism, Uniprix had agreed to be bound for many years and had accepted that the member pharmacists' silence would bind it for an additional term of the same duration. Clause 13 of the contract, which provided for damages should the member pharmacists terminate the contract before the expiration of the term, was a corollary to this principle.

[18] The majority found that the fact that this renewal mechanism might cause the contract to become perpetual did not make the notice given by Uniprix valid. The Court of Appeal had never considered this issue, but some authors had addressed it. In the *Code*, the legislature limited the term of a lease and the duration of payment of an annuity to 100 years. The legislature also made it possible to terminate a contract of employment for an indeterminate term and an unlimited suretyship, as the perpetual nature of these undertakings seemed to be contrary to public order. However, the limits imposed on certain contracts were not evidence that the legislature intended to proscribe all contracts that could be perpetual. For the other types of contracts, the autonomy of the will must be reconciled with freedom of the person, but that is not generally a problem where agreements of an economic nature entered into by legal persons are concerned. In short, the

B. *Cour d'appel du Québec, 2015 QCCA 1427*(1) Opinions majoritaires des juges Levesque et Émond

[16] Les juges majoritaires de la Cour d'appel rejettent le pourvoi. Selon eux, alors qu'Uniprix a été créée dans l'unique but de servir ses membres, elle tente désormais de s'arroger un rôle dans leurs décisions d'affaires en entraînant les pharmaciens-membres dans un projet qui n'est pas à leur avantage, sous peine de mettre fin à leur relation d'affaires.

[17] Comme le juge de première instance, les juges majoritaires concluent que la clause est claire et n'a pas besoin d'être interprétée. À leur avis, le contrat est à durée déterminée et il se reconduit automatiquement à moins d'avis contraire des pharmaciens-membres. Par ce mécanisme, Uniprix acceptait d'être liée pour de nombreuses années et reconnaissait que le silence des pharmaciens-membres la liait pour un même terme supplémentaire. La clause 13 du contrat, qui prévoit l'octroi de dommages-intérêts si les pharmaciens-membres mettent fin au contrat avant l'arrivée du terme, constitue un corollaire de ce principe.

[18] Selon les juges majoritaires, que ce mécanisme de renouvellement donne un caractère potentiellement perpétuel au contrat ne valide pas pour autant l'avis envoyé par Uniprix. La Cour d'appel ne s'est jamais penchée sur cette question, mais certains auteurs en ont traité dans leurs ouvrages. Dans le *Code*, le législateur a limité la durée du bail et du service de la rente à 100 ans. Il a aussi rendu résiliables le contrat de travail à durée indéterminée et le contrat de cautionnement illimité, jugeant que le caractère perpétuel de ces engagements semblait contraire à l'ordre public. Les limites imposées à certains contrats ne témoignent toutefois pas de l'intention du législateur de condamner tous les contrats à caractère potentiellement perpétuel. Pour les autres types de contrats, il faut concilier l'autonomie de la volonté et la liberté des personnes, ce qui ne pose généralement pas problème pour les conventions à caractère économique conclues par des personnes

*Code*, the source of the general law of Quebec, does not prohibit perpetual contracts.

[19] In the majority's view, the courts may of course elevate certain principles grounded in the fundamental values of our society to the rank of public order. However, no such value was violated by the possibility of the contract becoming perpetual. Uniprix was not in a vulnerable position, and the contract at issue was a standard form contract that Uniprix had itself drafted. Moreover, it was normal for Uniprix to want to bind itself in the long term and not to be able [TRANSLATION] "to jettison its members as it pleases", since the company had been created for their benefit, to promote their interests (para. 71 (CanLII)). This position does not contradict *BMW Canada inc. v. Automobiles Jalbert inc.*, 2006 QCCA 1068, and *9077-0801 Québec inc. v. Société des loteries vidéo du Québec inc.*, 2012 QCCA 885, which apply more to franchise agreements.

[20] In any event, the majority found that even if the contract had been for an indeterminate term, Uniprix had not acted in good faith, which barred it from resiliating the contract. As for art. 1512 *C.C.Q.*, it did not apply, given that the contract was for a fixed term. Émond J.A. added that that article creates an independent remedy for which one of the parties must apply, but that was not done in the case at bar.

(2) Minority Reasons of Duval Hesler C.J.Q.

[21] The Chief Justice, in dissent, would have allowed the appeal and terminated the contract as of six months after the date of the Court of Appeal's judgment. Even if clause 10 had been drafted for the benefit of the member pharmacists, the only possible conclusion was that that clause made it impossible for Uniprix to know the contract's termination date and that this turned the contract into one for an indeterminate term. The contract could therefore be resiliated on reasonable notice.

[22] The dissenting judge was also of the opinion that art. 1512 *C.C.Q.* allowed the court to impose

morales. Bref, le *Code*, source du droit commun au Québec, n'interdit pas les contrats perpétuels.

[19] Pour les juges majoritaires, les tribunaux peuvent certes élever au rang d'ordre public certains principes qui sont tributaires des valeurs fondamentales de la société. Or, aucune valeur de cette nature n'est violée par le caractère potentiellement perpétuel du contrat. Uniprix n'est pas vulnérable et le contrat en cause est un contrat type qu'elle a elle-même rédigé. En outre, il est normal qu'elle ait voulu se lier à long terme et ne puisse « larguer [. . .] ses membres, selon son bon plaisir », puisqu'elle a été créée pour leur bénéfice et dans le but de promouvoir leurs intérêts (par. 71 (CanLII)). Cette position ne va pas à l'encontre des arrêts *BMW Canada inc. c. Automobiles Jalbert inc.*, 2006 QCCA 1068, et *9077-0801 Québec inc. c. Société des loteries vidéo du Québec inc.*, 2012 QCCA 885, qui s'appliquent davantage aux contrats de franchise.

[20] À tout événement, selon les juges majoritaires, même si le contrat était à durée indéterminée, Uniprix n'était pas de bonne foi, et cela l'empêchait de procéder à la résiliation. L'article 1512 *C.c.Q.*, quant à lui, ne s'applique pas, puisque le contrat est à durée déterminée. Le juge Émond ajoute que cet article crée un recours autonome qui doit faire l'objet d'une demande de l'une ou l'autre des parties, ce qui n'a pas été fait en l'espèce.

(2) Opinion minoritaire de la juge en chef Duval Hesler

[21] La juge en chef, dissidente, est plutôt d'avis d'accueillir l'appel et de mettre fin au contrat six mois après la date de l'arrêt de la Cour d'appel. Même si la clause 10 était rédigée au bénéfice des pharmaciens-membres, il faudrait conclure qu'elle empêche Uniprix de connaître la date de fin du contrat, ce qui le transforme en un contrat à durée indéterminée. En conséquence, le contrat peut être résilié moyennant un préavis raisonnable.

[22] La juge dissidente est aussi d'avis que l'art. 1512 *C.c.Q.* permet au tribunal d'imposer un

a term for the contract of affiliation. That article is often used to fix a repayment date for a loan agreement in which none is specified. The contract of affiliation provided for a minimum term of five years to ensure a degree of stability in the relations between the parties, but the renewal mechanism implied that only the member pharmacists could determine when the contract would terminate. As for the second paragraph of art. 1512 *C.C.Q.*, it can be used to fix a term, given that a contract of affiliation or a franchise agreement is, in its very essence, not perpetual.

[23] In the dissenting judge's opinion, the fact that the parties had not raised this article did not mean that it could not be applied, as it had been discussed at the hearing and the court could take judicial notice of it. Because the parties did not have a common intention regarding the term of their contract, art. 1512 *C.C.Q.* would make it possible to provide the contractual stability that they had failed to establish.

[24] Finally, six months constituted reasonable notice, given that it was the time the parties themselves had chosen, and in particular given that the member pharmacists had the option of joining another banner or operating their business independently.

#### IV. Issues

[25] This appeal raises two issues. It must first be determined whether the trial judge erred in finding that clause 10 of the contract of affiliation is clear and that it faithfully represents the parties' common intention of granting the member pharmacists a unilateral option to renew the contract every five years, which Uniprix would be unable to oppose. If that was indeed their intention, it will also be necessary to determine whether the result, namely the possibility of the contract becoming perpetual, is valid in Quebec civil law.

terme au contrat d'affiliation. Cet article est souvent utilisé pour fixer une date de remboursement dans le cadre d'un contrat de prêt qui n'en contient pas. Le contrat d'affiliation prévoit un terme minimal de cinq ans pour assurer une certaine stabilité dans les relations entre les parties, mais le mécanisme de renouvellement retenu suppose que seuls les pharmaciens-membres peuvent déterminer quand il prendra fin. Le deuxième alinéa de l'art. 1512 *C.c.Q.* permet, lui, de fixer un terme, puisqu'il est de l'essence même d'un contrat d'affiliation ou de franchise de ne pas être à durée perpétuelle.

[23] Selon la juge dissidente, l'omission des parties d'invoquer cet article n'empêche pas son application, puisqu'il a été mentionné à l'audience et que la cour peut en prendre connaissance d'office. Puisque les parties ne partagent pas une intention commune sur le terme de leur contrat, l'art. 1512 *C.c.Q.* permet d'assurer la stabilité contractuelle qu'elles ont échoué à mettre en œuvre.

[24] Enfin, un délai de six mois constitue un préavis raisonnable, puisque c'est la durée que les parties ont choisie, d'autant plus que les pharmaciens-membres ont la possibilité de se joindre à une autre bannière ou d'exploiter leur entreprise de façon indépendante.

#### IV. Questions en litige

[25] Ce pourvoi soulève deux questions. Il faut avant tout déterminer si le juge de première instance a erré en concluant que la clause 10 du contrat d'affiliation est claire et qu'elle représente fidèlement l'intention commune des parties d'octroyer aux pharmaciens-membres la faculté unilatérale de le renouveler à tous les cinq ans, sans qu'Uniprix ne puisse s'y opposer. Si telle était bien leur intention, il faudra aussi décider si l'effet qui en découle, soit le caractère potentiellement perpétuel du contrat, est valide en droit civil québécois.



## V. Analysis

### A. *Common Intention of the Parties*

#### (1) Nature and Characterization of the Contract of Affiliation

[26] The parties signed a contract entitled contract of affiliation. This type of contract is not a nominate contract within the meaning of the *Code*. Rather, it is an onerous, bilateral contract of successive performance in which the parties obligate themselves reciprocally, each to the other (arts. 1380, 1381 and 1383 *C.C.Q.*). Because the contract was freely negotiated, it can hardly be characterized as a contract of adhesion (art. 1379 *C.C.Q.*).

[27] In Quebec civil law, it is this classification of the contract — based on the rules that apply to it, the conditions that apply to its formation, its object and how it is performed — that makes it possible to define the nature of the contract and thereby determine how it should be characterized (J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at Nos. 55-56, 410 and 413; D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at No. 1562; M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec* (7th ed. 2009), at No. 83; F. Gendron, *L'interprétation des contrats* (2nd ed. 2016), at pp. 16 and 18-19; arts. 1378 to 1384 *C.C.Q.* and Book Five, Title Two of the *C.C.Q.*).

[28] With this in mind, it is in our opinion inappropriate to view this characterization of the contract as a purely objective exercise. This [TRANSLATION] “crucial operation for the judge” can in fact be accomplished only by “seek[ing] to identify the parties’ true intention in this regard” (Baudouin and Jobin, at No. 56; see also Lluelles and Moore, at No. 1728; P. Fréchette, “La qualification des contrats: aspects théoriques” (2010), 51 *C. de D.* 117, at p. 151; *Tétreault v. Gagnon*, [1962] S.C.R. 766, at p. 770; *Montréal, Maine & Atlantique Canada Cie (Montreal, Maine & Atlantic Canada Co.) (MMA), Re*, 2014 QCCA 2072, 49 R.P.R. (5th) 210, at para. 34;

## V. Analyse

### A. *L'intention commune des parties*

#### (1) La nature et la qualification du contrat d'affiliation

[26] Les parties ont signé un contrat intitulé contrat d'affiliation. Ce type de contrat n'est pas un contrat nommé au sens du *Code*. Il s'agit par contre d'un contrat onéreux, bilatéral et à exécution successive, où chacune des parties s'oblige réciproquement envers l'autre (art. 1380, 1381 et 1383 *C.c.Q.*). Puisque le contrat a été librement discuté, on saurait difficilement le qualifier de contrat d'adhésion (art. 1379 *C.c.Q.*).

[27] En droit civil québécois, c'est cette classification du contrat — selon sa réglementation, ses conditions de formation, son objet et son mode d'exécution — qui permet d'en préciser la nature et d'ainsi cerner la qualification qui lui est propre (J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7<sup>e</sup> éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, n<sup>os</sup> 55-56, 410 et 413; D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2<sup>e</sup> éd. 2012), n<sup>o</sup> 1562; M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec* (7<sup>e</sup> éd. 2009), n<sup>o</sup> 83; F. Gendron, *L'interprétation des contrats* (2<sup>e</sup> éd. 2016), p. 16 et 18-19; art. 1378 à 1384 *C.c.Q.* et Livre cinquième, Titre deuxième du *C.c.Q.*).

[28] Cela établi, il est à notre avis inopportun de concevoir cette qualification du contrat comme un exercice purement objectif. Cette « opération cruciale pour le juge » ne peut en effet être accomplie qu'en « recherch[ant] la véritable intention des parties à cet égard » (Baudouin et Jobin, n<sup>o</sup> 56; voir aussi Lluelles et Moore, n<sup>o</sup> 1728; P. Fréchette, « La qualification des contrats : aspects théoriques » (2010), 51 *C. de D.* 117, p. 151; *Tétreault c. Gagnon*, [1962] R.C.S. 766, p. 770; *Montréal, Maine & Atlantique Canada Cie (Montreal, Maine & Atlantic Canada Co.) (MMA), Re*, 2014 QCCA 2072, 49 R.P.R. (5th) 210, par. 34; *Station Mont-Tremblant c. Banville-Joncas*,

*Station Mont-Tremblant v. Banville-Joncas*, 2017 QCCA 939, at para. 63 (CanLII); *Martin v. Dupont*, 2016 QCCA 475, at paras. 19-21 (CanLII).

[29] To characterize a contract, the court must thus consider not only [TRANSLATION] “the obligations and other effects of the contract that [the parties] have stipulated”, but also “in some cases the circumstances of its formation and how they have applied it” (Baudouin and Jobin, at No. 56). In this respect, although “the judge will never be bound by the parties’ own characterization, and [although] he or she has the power to attribute to the agreement the legal nature that, in his or her view, truly corresponds to its content” (*ibid.*), the judge nevertheless remains bound by the common intention of the parties as regards the content of their agreement. In other words, [TRANSLATION] “the judge asks whether the name given to a contract actually corresponds to the effects being sought”, and “it is up to [him or her] to impose on the parties the nature of their agreement that results from the expression of their intention” (Fréchette, at pp. 151 and 157 (emphasis added)).

[30] In the case at bar, the contract of affiliation between the parties is an innominate contract. It is true that some of its characteristics resemble those of a franchise agreement, another type of innominate contract. For example, Uniprix provides the member pharmacists with centralized purchasing and marketing services. But what distinguishes it from such an agreement is the particularly close relationship between the parties. In a franchise agreement, the franchisor and franchisees are normally independent entities, each of which acts for its own benefit (*Provigo Distribution inc. v. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47 (C.A.)). In the case at bar, Uniprix was expressly created for the benefit of its members, which have stakes in the business given that they are all shareholders (clauses 1 and 4 of the contract of affiliation). Uniprix did not itself, as would be true in the case of a franchise agreement, develop a brand and a business model with the intention of subsequently selling them to pharmacists. Rather, it was created by a group of owner pharmacists who wished to join together under a common banner. There is no doubt as to the intention of the parties in this regard.

2017 QCCA 939, par. 63 (CanLII); *Martin c. Dupont*, 2016 QCCA 475, par. 19-21 (CanLII)).

[29] Pour qualifier le contrat, le tribunal doit ainsi examiner non seulement « les obligations et autres effets du contrat [que les parties] ont prévus », mais aussi « parfois les circonstances de sa formation et la manière dont elles l’ont appliqué » (Baudouin et Jobin, n° 56). À ce chapitre, si « le juge ne sera jamais lié par la qualification par les parties et [s’il] a le pouvoir d’attribuer à la convention la nature juridique qui, d’après lui, correspond réellement à son contenu » (*ibid.*), il reste néanmoins lié par l’intention commune des parties sur le contenu de leur entente. En d’autres mots, « le juge se demande si le nom donné à un contrat correspond bien aux effets recherchés » et « il [lui] revient [. . .] d’imposer aux parties la nature de leur convention qui ressort de l’expression de leur volonté » (Fréchette, p. 151 et 157 (nous soulignons)).

[30] En l’espèce, le contrat d’affiliation conclu entre les parties est un contrat innommé. Il est vrai que certaines de ses caractéristiques s’apparentent au contrat de franchise, un autre type de contrat innommé. Uniprix fournit par exemple aux pharmaciens-membres des services centralisés d’achat de produits et de mise en marché. Il s’en distingue néanmoins en raison de la relation particulièrement étroite qui unit les parties. Dans un contrat de franchise, le franchiseur et les franchiseés sont normalement des entités indépendantes qui agissent pour leur propre bénéfice (*Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47 (C.A.)). Dans le cas qui nous occupe, Uniprix a été expressément créée pour le bénéfice de ses membres, lesquels sont partie prenante à l’entreprise puisqu’ils en sont tous actionnaires (clauses 1 et 4 du contrat d’affiliation). Contrairement à ce qui prévaut dans un contrat de franchise, Uniprix n’a pas elle-même développé une marque et des méthodes d’affaires qu’elle a ensuite voulu vendre à des pharmaciens. Elle a plutôt été créée par un regroupement de pharmaciens-proprétaires qui ont voulu s’associer sous une bannière commune. L’intention des parties à cet égard ne fait aucun doute.

(2) Term of the Contract of Affiliation and Procedure for Renewing It

[31] The nature of the contract having thus been clarified, the parties disagree on its term and on the renewal mechanism set out in clause 10. The member pharmacists submit that the contract of affiliation is to be renewed automatically, as it was in 2003 and 2008, unless they give notice to the contrary. In their view, nothing in clause 10 entitles Uniprix to oppose this renewal.

[32] Uniprix counters that clause 10 gives it an implied right to oppose the renewal of the contract. In the alternative, it submits that the interpretation proposed by the member pharmacists could have the effect of binding the parties in perpetuity, which would be contrary to public order. The adoption of that interpretation would necessarily, in Uniprix's view, lead to the conclusion that the contract is one for an indeterminate term and that it can therefore be resiliated on reasonable notice. In either case, Uniprix argues, the notice sent to the member pharmacists was sufficient to terminate their contractual relationship as of January 2013.

[33] To resolve this disagreement, the words of the contract, and more specifically those of clause 10, which fixes its term and the procedure for renewing it, must be interpreted. It will be necessary to briefly review the principles that guide this exercise in Quebec civil law. Only once this exercise has been completed will it be possible to establish the term of the contract and the procedure for renewing it together with the associated legal consequences.

(a) *Principles of Contractual Interpretation*

[34] The first step in interpreting a contract is to determine whether its words are clear or ambiguous (*Droit de la famille — 171197*, 2017 QCCA 861, at para. 62 (CanLII); *Samen Investments Inc. v. Monit Management Ltd.*, 2014 QCCA 826, at para. 46 (CanLII)). The purpose of this step, which some authors refer to as the clear act rule (*règle de l'acte clair*) (Gendron, at p. 27), is to prevent judges from

(2) La durée et les modalités de renouvellement du contrat d'affiliation

[31] Cela précisé sur la nature de leur contrat, les parties ne s'entendent pas sur sa durée et sur le mécanisme de renouvellement contenu à la clause 10. Les pharmaciens-membres soutiennent que le contrat d'affiliation, comme ce fut le cas en 2003 et en 2008, se renouvelle automatiquement à moins d'avis contraire de leur part. Selon cette position, rien dans la clause 10 ne permet à Uniprix de s'opposer à ce renouvellement.

[32] Pour sa part, Uniprix est d'avis que la clause 10 lui donne implicitement le droit de s'opposer au renouvellement du contrat. À titre subsidiaire, elle soutient que l'interprétation proposée par les pharmaciens-membres aurait pour effet potentiel de lier les parties à perpétuité, ce qui serait contraire à l'ordre public. Selon Uniprix, si cette interprétation était retenue, il faudrait conclure que le contrat est à durée indéterminée et qu'il peut donc être résilié moyennant un préavis raisonnable. Dans tous les cas, Uniprix maintient que le contenu de l'avis envoyé aux pharmaciens-membres était suffisant pour mettre fin à leur relation contractuelle dès janvier 2013.

[33] Pour résoudre ce désaccord, il faut interpréter les termes du contrat, et plus particulièrement la clause 10 qui en fixe la durée et les modalités de renouvellement. Un rappel succinct des principes qui guident cet exercice en droit civil québécois est nécessaire. Ce n'est qu'une fois cet exercice terminé qu'il sera possible de déterminer la durée et les modalités de renouvellement du contrat, avec les conséquences juridiques qui s'y rattachent.

a) *Principes d'interprétation des contrats*

[34] La première étape de l'exercice d'interprétation d'un contrat est de déterminer si ses termes sont clairs ou ambigus (*Droit de la famille — 171197*, 2017 QCCA 861, par. 62 (CanLII); *Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd.*, 2014 QCCA 826, par. 46 (CanLII)). Cette étape, que certains auteurs identifient comme la règle de l'acte clair (Gendron, p. 27), vise à empêcher le ou la juge de

departing, deliberately or unexpectedly, from a clearly expressed intention of the parties. In short, a judge must defer to a clear contract. This step thus [TRANSLATION] “‘serves as a bulwark’ against the risk of an interpretation that deviates from the true intention of the parties and subverts the scheme of their agreement” (Baudouin and Jobin, at No. 413 (citation omitted); see also Lluelles and Moore, at No. 1570).

[35] Although this step is based first and foremost on a reading of the words themselves, it is not necessarily limited to that in every case, as there may be situations in which a contract’s language is not faithful to the parties’ common intention (Lluelles and Moore, at No. 1574; *Droit de la famille — 171197*, at para. 62). Indeed, [TRANSLATION] “[w]hen considered in the context of the agreement’s other clauses or of the circumstances in which it was concluded, the seemingly clear words of a clause may [sometimes] prove to be ambiguous and to be inconsistent with the scheme of the contract, the true intention of the parties” (Baudouin and Jobin, at No. 413; see also Lluelles and Moore, at Nos. 1572-74; Tancelin, at No. 316; Gendron, at pp. 27, 31 and 34; *Éolectric inc. v. Kruger, groupe Énergie*, 2015 QCCA 365, at paras. 18-19 (CanLII); *Rouge Resto-bar inc. v. Zoom Média inc.*, 2013 QCCA 443, at paras. 78-79 (CanLII)). Likewise, a clause that might be perceived to be ambiguous may be perfectly clear when considered in its context.

[36] If the words of the contract are clear, the court’s role is limited to applying them to the facts before it. If, on the other hand, the court identifies an ambiguity, it must resolve the ambiguity by proceeding to the second step of contractual interpretation (Baudouin and Jobin, at No. 413; Lluelles and Moore, at Nos. 1584-86; *Samen Investments*, at paras. 46-47). The distinction between these two steps can be difficult to see, but it is fundamental. At the first step, the judge might, for example, consider the context of the conclusion and performance of the contract in order to confirm that its language is clear (see e.g. *Habitations Gilles Stébenne inc. v. 9166-9929 Québec inc.*, 2016 QCCS 2953, at paras. 34 and 41-47 (CanLII)). In principle, however, the

déroger, volontairement ou inopinément, à la volonté manifeste des parties. Bref, le contrat clair s’impose au juge. Ainsi, cette étape « ‘joue le rôle de rempart’ contre le risque d’une interprétation qui écarterait la volonté réelle des parties et bouleverserait l’économie de leur convention » (Baudouin et Jobin, n° 413 (référence omise); voir aussi Lluelles et Moore, n° 1570).

[35] Si cette étape se fonde d’abord et avant tout sur l’étude des termes eux-mêmes, elle ne s’y limite pas nécessairement dans tous les cas puisque le texte d’un contrat peut parfois ne pas être fidèle à l’intention commune des parties (Lluelles et Moore, n° 1574; *Droit de la famille — 171197*, par. 62). En effet, « [r]eplacés dans le contexte des autres stipulations de la convention ou celui des circonstances de sa conclusion, les termes apparemment limpides d’une stipulation peuvent [parfois] se révéler ambigus et contredire l’économie du contrat, la véritable intention des parties » (Baudouin et Jobin, n° 413; voir aussi Lluelles et Moore, nos 1572-1574; Tancelin, n° 316; Gendron, p. 27, 31 et 34; *Éolectric inc. c. Kruger, groupe Énergie*, 2015 QCCA 365, par. 18-19 (CanLII); *Rouge Resto-bar inc. c. Zoom Média inc.*, 2013 QCCA 443, par. 78-79 (CanLII)). De même, une stipulation qui pourrait être perçue comme ambiguë peut être parfaitement claire lorsque considérée dans son contexte.

[36] Si les termes du contrat sont clairs, le rôle du tribunal se limite à les appliquer à la situation factuelle qui lui est soumise. À l’inverse, si le tribunal décèle une ambiguïté, il doit la résoudre en procédant à la seconde étape de l’interprétation du contrat (Baudouin et Jobin, n° 413; Lluelles et Moore, nos 1584-1586; *Samen Investments*, par. 46-47). La distinction entre ces deux étapes est parfois difficile à cerner, mais elle demeure fondamentale. À la première étape, le juge peut par exemple considérer le contexte entourant la conclusion et l’exécution du contrat afin de confirmer la clarté de ses termes (voir p. ex. *Habitations Gilles Stébenne inc. c. 9166-9929 Québec inc.*, 2016 QCCS 2953, par. 34 et 41-47 (CanLII)). En principe, il ne doit toutefois pas

judge should not have recourse to the principles of interpretation set out in arts. 1425 to 1432 of the *Code* (Baudouin and Jobin, at No. 413; Lluelles and Moore, at No. 1571). In this sense, the interpretation of the contract is more superficial at the first step than at the second (Lluelles and Moore, at No. 1572).

[37] The cardinal principle that guides the second step of the interpretation exercise is that “[t]he common intention of the parties rather than adherence to the literal meaning of the words shall be sought” (art. 1425 *C.C.Q.*). In this exercise, it is necessary to consider intrinsic aspects of the contract, such as the words of the clause at issue and the other clauses, in order to ensure that each of them is given a meaningful effect and that each is interpreted in light of the others (arts. 1427 and 1428 *C.C.Q.*; Baudouin and Jobin, at No. 417; Lluelles and Moore, at Nos. 1593-94). The interpretation of a contract also requires consideration of the nature of the contract and of the context extrinsic to it, including the factual circumstances in which it was formed, how the parties have interpreted it, and usage (art. 1426 *C.C.Q.*; Baudouin and Jobin, at No. 418; Lluelles and Moore, at Nos. 1600, 1603 and 1607).

[38] This interpretation exercise makes it possible to establish the term of the contract at issue and the procedure for renewing it. In this regard, it must be noted that the two actions of characterizing and interpreting the contract are distinct, although in both cases one [TRANSLATION] “seeks to determine the intention of the parties” (Lluelles and Moore, at No. 1727). Characterization, first of all, serves to determine “what object the parties intended to give to their agreement as a whole”, and its “essential object . . . is the linking of the contract at issue to a legal category” (*ibid.*, at Nos. 1727 and 1729). For this purpose, the judge must “determine, sometimes, the overriding purpose of the agreement and, at other times — most often, in fact — the essential prestation that is central to the agreement” (*ibid.*, at No. 1733 (footnote omitted)). As for interpretation, its purpose is instead to determine “what meaning the parties seem to have intended to give to a specific part of the agreement” (*ibid.*, at No. 1727).

recourir aux principes d’interprétation énoncés aux art. 1425 à 1432 du *Code* (Baudouin et Jobin, n° 413; Lluelles et Moore, n° 1571). En ce sens, l’interprétation du contrat est plus superficielle à la première étape qu’à la seconde (Lluelles et Moore, n° 1572).

[37] Le principe cardinal qui guide la seconde étape de l’exercice d’interprétation consiste à « rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s’arrêter au sens littéral des termes utilisés » (art. 1425 *C.c.Q.*). Dans cet exercice, il faut tenir compte des éléments intrinsèques du contrat, tels que les termes de la disposition en cause et les autres clauses du contrat, afin de donner un effet utile à chacune d’entre elles et de les interpréter les unes par les autres (art. 1427 et 1428 *C.c.Q.*; Baudouin et Jobin, n° 417; Lluelles et Moore, nos 1593-1594). L’interprétation du contrat doit également s’appuyer sur sa nature, de même que sur son contexte extrinsèque, qui inclut notamment les circonstances factuelles entourant sa conclusion, l’interprétation que les parties lui ont donnée et les usages (art. 1426 *C.c.Q.*; Baudouin et Jobin, n° 418; Lluelles et Moore, nos 1600, 1603 et 1607).

[38] Cet exercice d’interprétation permet de déterminer la durée et les modalités de renouvellement du contrat en cause. Sous ce rapport, il faut souligner que les deux opérations que sont la qualification et l’interprétation du contrat se distinguent, bien que les deux « sollicite[nt] la volonté des parties » (Lluelles et Moore, n° 1727). D’une part, la qualification sert à déterminer « quel objet les parties ont voulu donner à l’ensemble de leur entente » et son « objet essentiel [. . .] est le rattachement du contrat considéré à une catégorie normative » (*ibid.*, nos 1727 et 1729). Pour ce faire, le juge doit « déterminer, tantôt le but qui a présidé à la convention, tantôt — en fait, le plus souvent — la prestation essentielle au cœur de l’entente » (*ibid.*, n° 1733 (note en bas de page omise)). D’autre part, l’interprétation vise plutôt à découvrir « quel sens les parties ont vraisemblablement voulu donner à telle partie du texte de la convention » (*ibid.*, n° 1727).

[39] In other words, a contract is characterized on the basis of its nature, by associating it with a category of nominate contracts (arts. 1708 to 2643 *C.C.Q.*) or with a specific class of contracts (arts. 1378 to 1384 *C.C.Q.*), but the term of the contract is not “characterized”, as it instead depends on the interpretation of the contract’s words. It is true that an extinctive term that is attached to all the obligations of a contract has the effect of terminating the contract in its entirety (Lluelles and Moore, at No. 2507; Baudouin and Jobin, at No. 559; Tancelin, at No. 443). However, the fact that this term has an effect on the contract as a whole does not mean that the purpose of interpreting the term is to identify the essential prestation or the purpose of the agreement. From this perspective, it is wrong to apply to the determination of the term of the contract the principles applicable to the characterization of its nature. Even one of the French commentators to whom our colleague refers on this point recognizes that although the term of the contract may be a relevant consideration in the characterization of certain contracts — where, for example, a category of nominate contracts is defined on the basis of their term — the determination of the contract’s term does not in itself constitute characterization (J. Azéma, *La durée des contrats successifs* (1969), at Nos. 113-33).

[40] In the instant case, the Chief Justice of the Court of Appeal, in dissent, purported to “characterize” the contract of affiliation as a contract for an indeterminate term — that is, in relation to its term — without first undertaking this interpretation exercise and without identifying the parties’ common intention. With respect, it was not open to her to do so, especially without first establishing that the trial judge had made a palpable and overriding error.

[41] Indeed, contractual interpretation involves the consideration of a multitude of facts. It is a question of mixed fact and law in respect of which courts of appeal may not intervene in the absence of a palpable and overriding error (*Larouche v. Néron*, 2016 QCCA 692, at para. 5 (CanLII); *Lamco II s.e.c. v. Québec (Ville)*, 2016 QCCA 757, at para. 2 (CanLII); see also *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at paras. 47-50). The same is true for [TRANSLATION] “[d]etermining

[39] Autrement dit, on qualifie un contrat selon sa nature, en le rattachant à une catégorie de contrats nommés (art. 1708 à 2643 *C.c.Q.*) ou à une espèce particulière de contrats (art. 1378 à 1384 *C.c.Q.*), mais on ne « qualifie » pas la durée du contrat, qui relève plutôt de l’interprétation de son libellé. Le terme extinctif qui s’attache à l’ensemble des obligations d’un contrat a bien sûr pour effet de mettre fin au contrat dans son ensemble (Lluelles et Moore, n° 2507; Baudouin et Jobin, n° 559; Tancelin, n° 443). Ce n’est toutefois pas parce que ce terme a un effet d’ensemble sur le contrat que son interprétation vise à déterminer la prestation essentielle ou le but de l’entente. Sous ce rapport, il est erroné d’appliquer à la détermination de la durée du contrat les principes relatifs à la qualification de sa nature. Même un des auteurs français auxquels réfère notre collègue sur ce point reconnaît que si la durée du contrat peut être un élément pertinent à considérer dans la qualification de certains contrats — par exemple lorsqu’une catégorie de contrats nommés est définie en fonction de cette durée — la détermination de la durée du contrat n’est pas elle-même une question de qualification (J. Azéma, *La durée des contrats successifs* (1969), n<sup>os</sup> 113-133).

[40] En l’espèce, la juge en chef de la Cour d’appel, dissidente, a prétendu « qualifier » le contrat d’affiliation de contrat à durée indéterminée — soit au regard de son terme — sans d’abord accomplir cet exercice d’interprétation et sans cerner l’intention commune des parties. Avec égards, elle ne pouvait procéder de cette manière, surtout pas sans identifier au préalable une erreur manifeste et déterminante du premier juge.

[41] L’interprétation des contrats implique en effet l’examen d’une multitude d’éléments factuels. Il s’agit d’une question mixte de fait et de droit à l’égard de laquelle les tribunaux d’appel ne peuvent intervenir qu’en présence d’une erreur manifeste et déterminante (*Larouche c. Néron*, 2016 QCCA 692, par. 5 (CanLII); *Lamco II s.e.c. c. Québec (Ville)*, 2016 QCCA 757, par. 2 (CanLII); voir aussi *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, par. 47-50). Il en est de même

whether a contract is clear or ambiguous”, which “is a discretionary process” in respect of which “a court of appeal must show restraint and deference” (*Immeubles Régime XV inc. v. Indigo Books & Music Inc.*, 2012 QCCA 239, at paras. 9-10 (CanLII); see also *Éolectric*, at para. 16; Baudouin and Jobin, at No. 413; Lluelles and Moore, at No. 1579).

[42] The characterization of a contract can also be considered to be a question of mixed fact and law in certain circumstances. Although certain authors see it as a pure question of law (Gendron, at pp. 16-17; Lluelles and Moore, at No. 1738), the fact remains that the characterization of a contract can depend on evidence of the parties’ common intention as regards its nature and its content. When it is necessary to consider evidence of that intention, the Quebec Court of Appeal rightly recognizes that, in such cases, the characterization of the contract is a question of mixed fact and law (*MMA*, at para. 20; *Banville-Joncas*, at paras. 63-64; *Cie canadienne d’assurances générales Lombard v. Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d’assurances générales*, 2016 QCCA 1903, at para. 17 (CanLII)).

[43] On this point, our colleague argues that the “characterization”, not of the nature of the contract but of its term, raises a question of law in the instant case. With respect, we find that our colleague is mistaken. First of all, this argument is inconsistent with the recent case law of the Quebec Court of Appeal, which, moreover, only recently observed that the definition of the term of a contract and of its renewal mechanism is a question in respect of which an appellate court may intervene only where there is a palpable and overriding error (2320-4035 *Québec inc. v. Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux du Centre-Sud-de-l’Île-de-Montréal (CIUSSS CSIM) (Centre de réadaptation en déficience intellectuelle et en troubles envahissants du développement de Montréal)*, 2017 QCCA 427, at paras. 12-16 (CanLII)). Our colleague’s argument is not supported by the academic commentary to which she refers either. The characterization exercise that some authors treat as a question of law concerns not the term of the contract as stipulated in one of its

pour « [l]a détermination du caractère clair ou ambigu d’un contrat », qui « est un processus discrétionnaire » à l’égard duquel « une cour d’appel doit faire preuve de retenue et de déférence » (*Immeubles Régime XV inc. c. Indigo Books & Music Inc.*, 2012 QCCA 239, par. 9-10 (CanLII); voir aussi *Éolectric*, par. 16; Baudouin et Jobin, n° 413; Lluelles et Moore, n° 1579).

[42] La qualification du contrat peut elle aussi être considérée comme une question mixte de fait et de droit dans certaines circonstances. Si certains auteurs estiment qu’il s’agit d’une pure question de droit (Gendron, p. 16-17; Lluelles et Moore, n° 1738), il n’en reste pas moins que la qualification d’un contrat peut dépendre de la preuve de l’intention commune des parties à l’égard de sa nature et de son contenu. Lorsqu’il est nécessaire de s’en remettre à la preuve de cette intention, la Cour d’appel du Québec reconnaît à juste titre que la qualification du contrat est alors une question mixte de fait et de droit (*MMA*, par. 20; *Banville-Joncas*, par. 63-64; *Cie canadienne d’assurances générales Lombard c. Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d’assurances générales*, 2016 QCCA 1903, par. 17 (CanLII)).

[43] Sur ce point, notre collègue soutient que la « qualification », non pas de la nature du contrat mais bien de sa durée, soulèverait ici une question de droit. Avec égards, nous estimons que notre collègue se méprend. Une telle prétention est d’abord contraire à cette jurisprudence récente de la Cour d’appel du Québec, laquelle vient d’ailleurs tout juste de rappeler que la caractérisation de la durée d’un contrat et de son mécanisme de renouvellement est une question sur laquelle une cour d’appel ne peut intervenir qu’en présence d’une erreur manifeste et déterminante (2320-4035 *Québec inc. c. Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux du Centre-Sud-de-l’Île-de-Montréal (CIUSSS CSIM) (Centre de réadaptation en déficience intellectuelle et en troubles envahissants du développement de Montréal)*, 2017 QCCA 427, par. 12-16 (CanLII)). La prétention de notre collègue n’est pas non plus soutenue par la doctrine à laquelle elle renvoie. L’exercice de qualification qu’une certaine doctrine assimile à une question de

clauses, but the characterization of the nature of the contract as a whole (see e.g. Gendron, at pp. 16-17; Lluelles and Moore, at Nos. 1729 and 1738). Furthermore, while it can sometimes make sense to consider the characterization of a contract as a whole to be a question of law where the purpose of that exercise is only to define the specific legal scheme of the contract without resorting to any evidence, the same cannot be said for the interpretation of a clause that fixes the contract's term and the procedure for renewing it. The result of the interpretation exercise is to identify the parties' common intention as regards that specific clause and not to characterize the nature of their contract as a whole.

[44] In the case at bar, this Court's role is in fact limited to deciding whether the trial judge committed a palpable and overriding error in applying the relevant principles of interpretation to clause 10 of the contract of affiliation.

(b) *Clause 10 of the Contract of Affiliation*

[45] The trial judge first found that clause 10 of the contract of affiliation was clear. In his view, the parties intended to [TRANSLATION] "give the member [pharmacist] the right to renew the agreement as [he or she] saw fit every five years" (para. 40). The majority of the Court of Appeal confirmed this interpretation, finding that as a result of clause 10 the contract was [TRANSLATION] "automatically renewed for the same term unless the [member pharmacists] give notice to the contrary" (para. 57). In our view, their interpretation of the renewal clause is not tainted by a palpable and overriding error. On the contrary, it is perfectly consistent with the other undertakings stipulated in the contract and with the circumstances in which it was formed.

[46] Clause 10 itself is in no way ambiguous. It specifically provides that the member pharmacists can notify Uniprix of their intention to renew or not to renew the contract. But it does not stipulate that Uniprix can give a similar notice to the member pharmacists. Furthermore, the second paragraph clearly provides that [TRANSLATION] "[s]hould [the member

droit ne touche pas la durée du contrat stipulée dans l'une de ses clauses, mais bien la qualification de la nature du contrat dans son ensemble (voir p. ex. Gendron, p. 16-17; Lluelles et Moore, n<sup>os</sup> 1729 et 1738). En outre, s'il est logique que la qualification d'ensemble d'un contrat soit parfois assimilée à une question de droit lorsqu'elle ne vise qu'à circonscrire le régime juridique particulier propre au contrat sans recourir à une quelconque preuve, il en va autrement de l'interprétation d'une clause qui en fixe la durée et les modalités de renouvellement. Cet exercice d'interprétation permet alors de déterminer l'intention commune des parties sur cette clause précise et non de qualifier la nature de leur contrat dans son ensemble.

[44] En l'espèce, le rôle de notre Cour se limite justement à déterminer si le juge de première instance a commis une erreur manifeste et déterminante dans l'application des principes d'interprétation pertinents à la clause 10 du contrat d'affiliation.

b) *La clause 10 du contrat d'affiliation*

[45] Le juge de première instance a d'abord conclu que la clause 10 du contrat d'affiliation est claire. Selon lui, les parties ont voulu « conférer au [pharmacien-]membre le droit de renouveler la convention à son gré, tous les cinq ans » (par. 40). Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé cette interprétation, concluant que la clause 10 établit une « reconduction automatique pour un même terme, à moins d'avis contraire de la part des [pharmaciens-membres] » (par. 57). Nous sommes d'avis que cette interprétation de la clause de renouvellement n'est entachée d'aucune erreur manifeste et déterminante. Au contraire, elle est parfaitement compatible avec les autres engagements prévus au contrat et avec le contexte dans lequel il a été conclu.

[46] La clause 10 elle-même ne souffre d'aucune ambiguïté. Elle prévoit spécifiquement la possibilité pour les pharmaciens-membres de transmettre un avis à Uniprix pour l'aviser de leur intention de renouveler ou non le contrat. Cependant, elle ne prévoit aucunement qu'Uniprix puisse envoyer un avis similaire aux pharmaciens-membres. En outre,



pharmacists] fail to send the prescribed notice [to Uniprix] . . . the agreement shall be deemed to have been renewed”. By virtue of art. 2847 *C.C.Q.*, the word “deemed” in the contract creates a presumption that is absolute and irrebuttable (see *Construction BFC Foundation ltée v. Entreprises Pro-Sag inc.*, 2013 QCCA 1253, at paras. 67 and 91 (CanLII)). Because the member pharmacists actually sent no notice whatsoever, the second paragraph applies and the agreement is renewed for an additional five-year term. No interpretation of clause 10 can escape the impact of this second paragraph, which is a determining factor in the analysis of the parties’ common intention.

[47] Uniprix nevertheless submits that the contract gives it the power to oppose the renewal. Its interpretation of clause 10 is that the member pharmacists may give notice only of their *intention* to leave the group or to renew the agreement. Uniprix argues that it then has the power to oppose this notice of their intention and to refuse the renewal of the contract of affiliation. Since there is no provision to this effect, its position is essentially based on the addition of an implied term to the contract. In Uniprix’s view, clauses 11, 15.1 and 16 confirm the existence of this implied term:

[TRANSLATION]

11. TERMINATION:

In the event of the rescission or termination of this contract, [Uniprix] shall not be liable to [the member pharmacist] for any damages whatsoever.

15. CONSEQUENCES OF TERMINATION OF THE CONTRACT:

15.1 In the event of the termination of this agreement for any reason whatsoever, [the member pharmacist] shall, at its own expense, remove the official sign or any other distinguishing marks of [Uniprix] within ten (10)

le second paragraphe indique clairement qu’« [à] défaut [pour les pharmaciens-membres] d’envoyer l’avis prescrit [à Uniprix] [. . .], la convention sera réputée renouvelée ». Or, suivant l’art. 2847 *C.c.Q.*, l’utilisation du terme « réputée » dans le contrat crée une présomption absolue et irréfragable (voir *Construction BFC Foundation ltée c. Entreprises Pro-Sag inc.*, 2013 QCCA 1253, par. 67 et 91 (CanLII)). Puisque les pharmaciens-membres n’ont effectivement pas envoyé quelque avis que ce soit, le second paragraphe s’applique et la convention est renouvelée pour un terme additionnel de cinq ans. Tout exercice d’interprétation de la clause 10 ne peut éluder l’impact de ce deuxième paragraphe qui est déterminant dans l’analyse de l’intention commune des parties.

[47] Uniprix soutient néanmoins que le contrat lui donnerait la faculté de s’opposer au renouvellement. Selon son interprétation de la clause 10, les pharmaciens-membres pourraient uniquement lui faire part de leur *intention* de quitter le regroupement ou de renouveler la convention. Uniprix soutient qu’elle pourrait alors s’opposer à cet avis d’intention et refuser le renouvellement du contrat d’affiliation. Compte tenu de l’absence de disposition à cet effet, sa position s’explique essentiellement par l’ajout d’un terme implicite au contrat. À son avis, les clauses 11, 15.1 et 16 confirmeraient elles aussi l’existence de ce terme implicite :

11. TERMINAISON :

En cas de résiliation ou fin du présent contrat, [Uniprix] ne sera pas responsable de quelques dommages que ce soit envers [le pharmacien-membre].

15. CONSÉQUENCES DE LA FIN DU CONTRAT :

15.1 Advenant la fin de la présente convention pour quelque cause que ce soit, [le pharmacien-membre] devra alors procéder, à ses frais, à l’enlèvement de l’enseigne officielle ou de toute [*sic*] autre signe distinctif

days following the annulment or termination of this contract. . . .

[d'Uniprix] dans les dix (10) jours suivant l'annulation ou de [sic] la fin du présent contrat. . . .

16. WAIVER OF DAMAGES:

In the event of the rescission or termination of this contract, [Uniprix] shall not be liable to [the member pharmacist] for any damages whatsoever . . . . [Emphasis added.]

[48] These arguments are not persuasive. Uniprix's proposed reading of clause 10 disregards the absolute presumption of renewal provided for in the clause's second paragraph. When, as in the instant case, the member pharmacists send no notice to Uniprix, renewal is automatic and Uniprix cannot oppose it. It is true that clauses 11, 15.1 and 16 indicate that there are circumstances in which Uniprix may terminate the contract, as it would otherwise serve no purpose to exempt Uniprix from liability for damages related to the termination of the contract. Contrary to Uniprix's position, however, and as the trial judge noted, those clauses are limited to its option to resciliate the agreement *for cause*, which is the only option conferred on it by the contract.

[49] In this regard, the contract provides that the member pharmacists must [TRANSLATION] "faithfully honour [it] on pain of having [their] privilege of doing business with [Uniprix] suspended or revoked" (clause 7.1). Section 9 of the internal regulations, which form an integral part of the contract of affiliation pursuant to clause 8.1, also provides for this possibility. In any event, the *Code* gives Uniprix the right to resciliate the contract, under certain conditions, should the member pharmacists "[fail] to perform [their] obligation without justification" (art. 1590 *C.C.Q.*; see also arts. 1604 and 1605 *C.C.Q.*). In short, clauses 11, 15.1 and 16 of the contract apply if Uniprix terminates the contract for cause. An option not to renew the contract or an option to resciliate it without cause cannot be read into those clauses, not even implicitly.

16. EXONÉRATION DES DOMMAGES :

En cas de résiliation ou fin du présent contrat, [Uniprix] ne sera pas responsable de quelques dommages que ce soit à l'endroit du [pharmacien-membre] . . . . [Nous soulignons.]

[48] Ces arguments ne sont pas convaincants. La lecture de la clause 10 que propose Uniprix fait abstraction de la présomption absolue de renouvellement que crée son second paragraphe. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les pharmaciens-membres n'envoient aucun avis à Uniprix, le renouvellement s'opère automatiquement, sans qu'Uniprix ne puisse s'y opposer. En ce qui concerne les clauses 11, 15.1 et 16, elles indiquent effectivement qu'Uniprix peut mettre fin au contrat dans certaines circonstances, puisqu'il serait autrement inutile de l'exonérer de toute responsabilité pour des dommages liés à la fin du contrat. Toutefois, contrairement à ce que soutient Uniprix, et comme l'a noté le juge de première instance, ces clauses visent uniquement sa faculté de résiliation *pour cause*, la seule faculté que lui confère le contrat.

[49] À ce chapitre, le contrat prévoit que les pharmaciens-membres doivent le « [r]especter fidèlement [. . .] sous peine de voir suspendre ou révoquer [leur] privilège de faire affaire avec [Uniprix] » (clause 7.1). L'article 9 de la réglementation, qui fait partie intégrante du contrat d'affiliation en vertu de sa clause 8.1, prévoit également cette éventualité. À tout événement, le *Code* permet à Uniprix de résilier le contrat, sous certaines conditions, si les pharmaciens-membres, « sans justification, n'exécute[nt] pas [leur] obligation » (art. 1590 *C.c.Q.*; voir aussi art. 1604 et 1605 *C.c.Q.*). En somme, les clauses 11, 15.1 et 16 du contrat s'appliquent si Uniprix met fin au contrat pour cause. On ne saurait y lire l'octroi d'une faculté de non-renouvellement ou de résiliation sans cause, même de façon implicite.

[50] Uniprix adds that it would have been illogical for the parties to provide for a specific five-year term if their intention had been to possibly bind themselves in perpetuity. This argument, too, must fail. The term is totally relevant for the member pharmacists, as it permits them to choose to renew or not to renew the contract every five years. It is also of benefit to Uniprix, as it precludes member pharmacists from resiliating the contract at any other time, which would lay them open to the damages provided for in clause 13 of the contract. Furthermore, the term makes it possible to update the contract from time to time, given that the contract is renewed [TRANSLATION] “in accordance with the terms and conditions then in effect”. It was therefore not illogical for the parties to provide that the conditions of their affiliation would be updated every five years even if their intention was to possibly bind themselves in perpetuity.

[51] All of these provisions form an integral part of the agreement between the parties, and they must be read and interpreted as a whole. Moreover, the parties to this bilateral, onerous contract, which was entered into by corporate partners in a business context, acknowledged that [TRANSLATION] “[n]o provision of this agreement is abusive or is excessively or unreasonably detrimental to [Uniprix] or [the member pharmacists]” (clause 21.2).

[52] In principle, because clause 10 is not at all ambiguous whether it is read in isolation or in the overall context of the contract, all that need be done is to apply it. However, in this case, as can be seen from the reasons of the courts below, there is more. In this regard, although it may be erroneous to proceed to interpret the contract without first finding that it is ambiguous (see e.g. *Pépin v. Pépin*, 2012 QCCA 1661, at para. 91 (CanLII)), it is not inappropriate to interpret an otherwise clear contract on a subsidiary basis in order to conclude that that interpretation confirms the clear meaning of its words. As well, Professor Gendron rightly notes that the courts often take such an approach (p. 36). In the case at bar, looking beyond the words of the contract, an analysis of the circumstances in which it was concluded confirms that the parties intended to leave the renewal of the contract to the discretion of the member pharmacists.

[50] Uniprix ajoute qu’il serait illogique que les parties aient prévu un terme spécifique de cinq ans si elles avaient l’intention de se lier potentiellement à perpétuité. Cet argument doit aussi être écarté. Le terme conserve toute sa pertinence pour les pharmaciens-membres, puisqu’il leur permet de choisir de renouveler ou non le contrat à tous les cinq ans. Il est aussi utile pour Uniprix, puisqu’il empêche les pharmaciens-membres de résilier le contrat à tout autre moment, sous peine de s’exposer aux dommages-intérêts prévus à la clause 13 du contrat. En outre, le terme permet d’actualiser périodiquement le contrat, puisque son renouvellement s’opère « selon les termes et conditions alors en vigueur ». Il n’est donc pas illogique que les parties aient prévu mettre à jour les conditions de leur affiliation à tous les cinq ans, tout en ayant l’intention de se lier potentiellement à perpétuité.

[51] Toutes ces dispositions font partie intégrante de l’entente conclue entre les parties et elles doivent être lues et interprétées comme un tout. D’ailleurs, les parties à ce contrat bilatéral à titre onéreux, conclu entre partenaires corporatifs dans un contexte commercial, ont reconnu qu’« [a]ucune disposition de cette convention n’est abusive ou ne désavantage [Uniprix] ou [les pharmaciens-membres] d’une manière excessive ou déraisonnable » (clause 21.2).

[52] Puisque la clause 10, lue isolément ou dans le contexte de l’ensemble du contrat, ne souffre d’aucune ambiguïté, il suffit en principe de l’appliquer. Mais, en l’espèce, comme en témoignent les motifs des juridictions inférieures, il y a plus. À ce chapitre, s’il peut être erroné de procéder à l’interprétation du contrat sans d’abord constater son ambiguïté (voir p. ex. *Pépin c. Pépin*, 2012 QCCA 1661, par. 91 (CanLII)), il n’est pas inapproprié d’interpréter un contrat par ailleurs clair pour conclure, de façon subsidiaire, que cette interprétation confirme le sens limpide de ses termes. Le professeur Gendron rappelle d’ailleurs avec à-propos que les tribunaux adoptent souvent une telle démarche (p. 36). Ici, au-delà des termes du contrat, l’analyse du contexte entourant sa conclusion confirme la volonté des parties de laisser son renouvellement à la discrétion des pharmaciens-membres.

[53] First of all, Uniprix was [TRANSLATION] “created for the benefit of owner pharmacists who have joined together for the purpose of developing their respective commercial and professional practices” (clause 1). As counsel for the member pharmacists correctly observed at the hearing, Uniprix exists to serve its members. It thus makes sense that Uniprix will serve its members until they themselves decide to withdraw from the group, and that Uniprix therefore cannot terminate the contract without cause. The context of the commercial relationship between the parties thus readily supports the meaning that must be attributed to the words of clause 10.

[54] Next, as the trial judge and the majority of the Court of Appeal rightly noted, the very conduct of the parties supports this interpretation. In the absence of notice from the member pharmacists, the contract was automatically renewed on January 28, 2003 and January 28, 2008. Twice, Uniprix recognized that the silence of the member pharmacists bound the parties for an additional five-year term. As the *Code* provides, this interpretation given by the parties to their contract in the context of its performance is relevant to the identification of their common intention (art. 1426 *C.C.Q.*; see also *Ferme Vi-Ber inc. v. Financière agricole du Québec*, 2016 SCC 34, [2016] 1 S.C.R. 1032, at paras. 76-82; *Lac-Sergent (Ville) v. Lapointe*, 2012 QCCA 1935, at para. 40 (CanLII)).

[55] To interpret the contract of affiliation in such a way as to give Uniprix the power to oppose the renewal desired by the member pharmacists would therefore be contrary to the words of clause 10, to the general scheme of the contract of affiliation, to the circumstances in which it was concluded, and to how it has been applied by the parties. The trial judge committed no palpable and overriding error in this regard, and the Court of Appeal was right not to intervene.

[56] It would, moreover, be just as inconsistent with the common intention of the parties to conclude, as did the Chief Justice of the Court of Appeal, in dissent, that the contract of affiliation is one for an indeterminate term. It can be seen from her reasons that she reached this conclusion solely

[53] D’abord, Uniprix a été « créée pour le bénéfice de pharmaciens-proprétaires qui se sont associés pour le développement de leur pratique commerciale et professionnelle respective » (clause 1). Comme l’a bien énoncé l’avocat des pharmaciens-membres à l’audience, la raison d’être d’Uniprix est de servir ses membres. Partant, il est logique qu’Uniprix soit au service de ces derniers jusqu’à ce qu’ils décident eux-mêmes de se retirer du regroupement, et qu’il ne lui soit donc pas possible de mettre fin au contrat sans cause. Le contexte de la relation commerciale qui unit les parties appuie donc aisément le sens qu’il faut donner aux termes de la clause 10.

[54] Ensuite, comme l’ont noté à juste titre le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d’appel, la conduite même des parties appuie cette interprétation. En l’absence d’avis de la part des pharmaciens-membres, le contrat a été renouvelé automatiquement le 28 janvier 2003 et le 28 janvier 2008. À deux reprises, Uniprix a reconnu que le silence des pharmaciens-membres liait les parties pour un terme additionnel de cinq ans. Comme le reconnaît le *Code*, cette interprétation que les parties ont donnée à leur contrat dans le cadre de son exécution est utile pour cerner leur intention commune (art. 1426 *C.c.Q.*; voir aussi *Ferme Vi-Ber inc. c. Financière agricole du Québec*, 2016 CSC 34, [2016] 1 R.C.S. 1032, par. 76-82; *Lac-Sergent (Ville) c. Lapointe*, 2012 QCCA 1935, par. 40 (CanLII)).

[55] Interpréter le contrat d’affiliation de façon à donner à Uniprix la faculté de s’opposer au renouvellement souhaité par les pharmaciens-membres serait en conséquence contraire aux termes de la clause 10, à l’économie générale du contrat d’affiliation, au contexte dans lequel il a été conclu, et à l’application qu’en ont faite les parties. Le juge de première instance n’a pas commis d’erreur manifeste et déterminante à cet égard et la Cour d’appel a eu raison de ne pas intervenir.

[56] Il serait par ailleurs tout aussi contraire à l’intention commune des parties de conclure que le contrat d’affiliation en serait un à durée indéterminée, comme l’a affirmé la juge en chef dissidente en Cour d’appel. La lecture de ses motifs indique qu’elle est parvenue à cette conclusion sur la simple

on the basis that [TRANSLATION] “the effect of . . . clause [10] is that the [contract of affiliation’s] termination date becomes unknown, at least for Uniprix” (para. 20). But this argument was not preceded by an interpretation of the contract and identification of the parties’ common intention, which, however, are always required when determining a contract’s term. By proceeding as she did, the dissenting judge skipped an important step in the process of interpreting and identifying the modalities of the contract, and improperly substituted her own view for the trial judge’s interpretation of the contract.

[57] Furthermore, with all due respect, the fact that the term of Uniprix’s obligations pursuant to the contract of affiliation depends on the will of the member pharmacists to renew it does not transform the contract into one for an indeterminate term. Although it is true that the contract provides for a renewal procedure that depends on a decision by only one of the parties, what must be done here is to identify their common intention, not to characterize the term of the contract from the limited perspective of each of the parties. Uniprix’s argument in this regard would, taken to the extreme, mean that the contract is, for Uniprix, for an indeterminate term and, for the member pharmacists, for a fixed term. These two positions are of course incompatible, hence the importance of the interpretation exercise in order to identify the parties’ common intention.

[58] In this regard, it should be mentioned that a contract is for an indeterminate term if the parties have fixed no extinctive term for their obligations (Lluelles and Moore, at No. 2122). In the case at bar, the parties agreed on a clear term of five years together with an equally clear renewal mechanism that would enable them to pursue their business relationship for fixed five-year periods. As Professors Lluelles and Moore note, such a contract, which [TRANSLATION] “provides for a fixed term and stipulates that it is to be renewed automatically”, should not become “*ipso facto* a contract for an indeterminate term”, which would “fly in the face of logic and the clearly expressed intention of the parties” (No. 2124). In the words used by Vaillancourt J. of the Superior Court in a case involving a clause

base que « [l]a date de terminaison [du contrat d’affiliation], par l’effet de [la] clause [10], devient inconnue, du moins de la part d’Uniprix » (par. 20). Or, cet argument ne se fonde sur aucun exercice préalable d’interprétation du contrat et de recherche de l’intention commune des parties, lequel est pourtant un prérequis à toute détermination de sa durée. Ce faisant, la juge dissidente a omis une étape importante du processus d’interprétation et de détermination des modalités du contrat, et a substitué à tort sa propre opinion à l’interprétation donnée au contrat par le juge de première instance.

[57] D’ailleurs, soit dit avec égards, que la durée des obligations d’Uniprix aux termes du contrat d’affiliation dépende de la volonté des pharmaciens-membres de le renouveler ne transforme pas le contrat en un contrat à durée indéterminée. Certes, le contrat prévoit une modalité de renouvellement qui reste tributaire de la décision d’une seule des parties, mais l’objectif est ici de rechercher leur intention commune, et non de qualifier la durée du contrat du point de vue limité de chaque cocontractant. Poussée à l’extrême, la prétention d’Uniprix en ce sens signifierait que le contrat serait pour elle à durée indéterminée et pour les pharmaciens-membres à durée déterminée. Il va de soi que les deux positions ne peuvent coexister, d’où l’importance de l’exercice d’interprétation pour cerner l’intention commune des parties.

[58] Sous ce rapport, il convient de rappeler qu’un contrat est à durée indéterminée si les parties n’ont fixé aucun terme extinctif à leurs obligations (Lluelles et Moore, n° 2122). En l’espèce, les parties se sont entendues sur un terme clair de cinq ans, qu’elles ont assorti d’un mécanisme de renouvellement tout aussi clair leur permettant de poursuivre leur relation commerciale pour des périodes déterminées de cinq ans. Comme le soulignent les professeurs Lluelles et Moore, un tel contrat, « prévu pour un terme fixe et prévoyant son renouvellement automatique », ne devrait pas devenir « *ipso facto* un contrat à durée indéterminée », ce qui « choquerait la logique et l’intention clairement exprimée par les parties » (n° 2124). Pour reprendre les propos du juge Vaillancourt de la Cour

similar to the one at issue in the instant case, [TRANSLATION] “[i]f the parties had intended to be bound by the same terms and conditions for an indeterminate period, they would not have stipulated such a fixed term and so specific a renewal mechanism” (*Association des diplômés de l’École des hautes études commerciales de Montréal v. Aeterna-Vie Cie d’assurance*, [1995] R.R.A. 111, at p. 120).

[59] Along the same lines, other authors point out that a contract of employment [TRANSLATION] “for five years, renewable every five years in perpetuity at the request of the employee alone” is valid and is not a contract for an indeterminate term even though the employer does not know when it will terminate (J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), by J. Pineau and S. Gaudet, at para. 282; see also Lluellas and Moore, at No. 2149). If such a renewal mechanism can thus be valid in employment law, in respect of which the *Code* directs that contracts must be for either a fixed or an indeterminate term (art. 2086 *C.C.Q.*), that is all the more likely to be the case in a commercial context, for which no similar article exists.

[60] We note, moreover, that on this point Uniprix itself has argued in all the courts that the contract of affiliation is one for a fixed term. It was only in the alternative, and hypothetically, that Uniprix contended that if the contract were for an indeterminate term, it could resiliate it on reasonable notice. As for the member pharmacists, they have argued in all the courts that the contract is for a fixed term. It would be strange to conclude that the contract of affiliation is for an indeterminate term when neither party’s primary argument is based on its being so designated.

[61] What is more, a conclusion that the contract is one for an indeterminate term would produce results contrary to what the parties logically contemplated. As counsel for Uniprix conceded at the hearing in this Court, if the term of the contract were so defined, the same definition would necessarily apply to all the parties. It would therefore become possible for both Uniprix and the member pharmacists to terminate it at any time on reasonable notice.

supérieure dans un dossier où une clause similaire était à l’étude, « [s]i les parties avaient voulu être liées par les mêmes termes et conditions pour une période indéterminée, elles n’auraient pas stipulé une durée aussi fixe et une méthode de renouvellement aussi précise » (*Association des diplômés de l’École des hautes études commerciales de Montréal c. Aeterna-Vie Cie d’assurance*, [1995] R.R.A. 111, p. 120).

[59] Dans la même veine, d’autres auteurs soulignent qu’un contrat de travail « de cinq ans, renouvelable tous les cinq ans, à perpétuité, à la seule requête de l’employé », est valide et n’en est pas un à durée indéterminée, même si l’employeur n’en connaît pas la fin (J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4<sup>e</sup> éd. 2001), par J. Pineau et S. Gaudet, par. 282; voir aussi Lluellas et Moore, n<sup>o</sup> 2149). Si un tel mécanisme de renouvellement peut ainsi être reconnu en droit de l’emploi, où le *Code* édicte que les contrats doivent être à durée déterminée ou indéterminée (art. 2086 *C.c.Q.*), à plus forte raison doit-il l’être en matière commerciale, où aucun article semblable n’existe.

[60] Nous notons à ce sujet qu’Uniprix a du reste elle-même soutenu devant toutes les cours que le contrat d’affiliation est à durée déterminée. Ce n’est qu’à titre subsidiaire et de façon hypothétique qu’elle a soutenu que si le contrat était à durée indéterminée, elle pouvait le résilier moyennant un préavis raisonnable. Les pharmaciens-membres ont pour leur part maintenu devant toutes les instances que le contrat est à durée déterminée. Il serait incongru de conclure que le contrat d’affiliation est à durée indéterminée, alors qu’aucune des parties n’adhère de prime abord à cette désignation.

[61] Qui plus est, conclure que le contrat en serait un à durée indéterminée produirait des résultats contraires à ce que les parties ont en toute logique voulu envisager. Comme l’a reconnu l’avocat d’Uniprix à l’audience devant nous, caractériser de cette façon la durée du contrat vaudrait nécessairement pour toutes les parties en cause. Il deviendrait alors possible, tant pour Uniprix que pour les pharmaciens-membres, d’y mettre fin à tout moment

No provision of the contract of affiliation in any way suggests this was the parties' common intention, quite the contrary. This would also mean that, even in the first few months of their relationship, it would have been possible for either the member pharmacists or Uniprix to terminate the contract had they so desired. This conclusion would be completely contrary to the intention of the parties, which wished at the very least, in binding themselves for fixed five-year terms, to give their relationship a certain stability, as the dissenting judge in the Court of Appeal acknowledged (para. 27). Finally, the conclusion in question would be incompatible with the very nature of their relationship, which, given the significant initial investments it required, meant that a longer-term perspective was essential.

[62] Our colleague counters this with a concept to which none of the parties to the contract of affiliation referred. She suggests that the extinctive term of the contract is a "hybrid" term and thus contrary to art. 1517 *C.C.Q.* This concept of a "hybrid" term, which would be contrary to Quebec civil law and would lead to the conclusion that the contract is therefore for an indeterminate term, has never been discussed either in the academic commentary or by the courts. We cannot agree with this approach. The contractual interpretation exercise that we must undertake in Quebec civil law leads to the same conclusion whether at its first step or at its second. The intention of the parties to the contract of affiliation was that they would be bound for definite, successive five-year periods and that the member pharmacists would have full discretion to decide to renew or not to renew the contract. To interpret clause 10 as stipulating an indeterminate term for the contract would frustrate this common intention of the parties, which a Quebec judge can do neither in the interpretation exercise nor in that of characterization.

(c) *Effect of Article 1512 C.C.Q. on the Term of the Contract*

[63] In the same way, the argument that art. 1512 *C.C.Q.* should be applied to fix a term for the contract of affiliation is hardly more convincing. Neither party raised it in the courts below. Only the Chief Justice of the Court of Appeal referred to it in her

moyennant un préavis raisonnable. Aucune disposition du contrat d'affiliation ne suggère de quelque façon que ce soit qu'il s'agisse là de l'intention commune des parties, bien au contraire. De plus, cela signifierait que dès les premiers mois de la relation, les pharmaciens-membres ou Uniprix auraient pu mettre fin au contrat s'ils l'avaient souhaité. Cette conclusion serait tout à fait contraire à l'intention des parties qui, en se liant pour des termes déterminés de cinq ans, voulaient à tout le moins assurer une certaine stabilité à leur relation, ce dont a convenu la juge dissidente en Cour d'appel (par. 27). Cela serait enfin incompatible avec la nature même de leur relation qui, vu les investissements initiaux importants qu'elle requiert, doit nécessairement s'inscrire dans une perspective de plus longue durée.

[62] À tout cela, notre collègue oppose une notion à laquelle aucune des parties au contrat d'affiliation n'a fait référence. Elle suggère que le terme extinctif du contrat serait « hybride » et, de ce fait, contraire à l'art. 1517 *C.c.Q.* Cette notion de terme « hybride », qui serait contraire au droit civil québécois et qui mènerait à la conclusion que le contrat est alors à durée indéterminée, n'est abordée ni en doctrine ni en jurisprudence. Selon nous, cette approche ne peut être retenue. L'exercice d'interprétation du contrat auquel nous convie le droit civil québécois, que ce soit à sa première ou à sa deuxième étape, mène à la même conclusion. Les parties au contrat d'affiliation voulaient se lier pour des périodes définies et successives de cinq ans, tout en laissant aux pharmaciens-membres l'entière discrétion de renouveler ou non le contrat. Interpréter la clause 10 comme stipulant une durée indéterminée au contrat contrecarrerait cette commune intention des parties, ce que ni l'exercice d'interprétation ni celui de qualification ne permettent au juge québécois de faire.

c) *L'effet de l'art. 1512 C.c.Q. sur la durée du contrat*

[63] De la même manière, le recours à l'art. 1512 *C.c.Q.* pour fixer un terme au contrat d'affiliation ne résiste guère plus à l'analyse. Aucune des parties n'a soulevé cet argument devant les cours inférieures. Seule la juge en chef de la Cour d'appel y a fait

dissenting reasons. Uniprix addressed this argument in its submissions to this Court, although without much conviction. In our view, this argument, too, must fail.

[64] Article 1512 *C.C.Q.* reads as follows:

**1512.** Where the parties have agreed to delay the determination of the term or to leave it to one of them to make such determination and where, after a reasonable time, no term has been determined, the court may, upon the application of one of the parties, fix the term according to the nature of the obligation, the situation of the parties and any appropriate circumstances.

The court may also fix the term where a term is required by the nature of the obligation and there is no agreement as to how it may be determined.

[65] This article provides for three distinct situations in which a court may fix the term of a contract: where the parties have delayed the determination of the term and no term has been fixed after a reasonable time; where the parties have left it to one of them to make such determination and that has not been done after a reasonable time; or where a term is required by the nature of the obligation and there is no agreement as to how it may be determined.

[66] In each of these three situations, no term has been fixed in the contract itself. Article 1512 *C.C.Q.* applies where there is no term or where the term is uncertain. It was not enacted for the purpose of thwarting the automatic renewal of a contract whose term is clearly defined. It cannot therefore apply in this case, as the parties have fixed a term of five years for their contract. The fact that the term is renewable does not alter the fact that it is a fixed term.

[67] In any event, art. 1512 *C.C.Q.* cannot apply in this case, because neither party has made an application under it. Émond J.A., one of the judges of the majority of the Court of Appeal, pointed this out: the article provides that it is applicable upon the application of one of the parties. This is therefore an independent remedy that must be specifically

référé dans sa dissidence. Dans son argumentaire devant notre Cour, Uniprix y renvoie sans grande conviction. À notre avis, cet argument est aussi voué à l'échec.

[64] L'article 1512 *C.c.Q.* se lit comme suit :

**1512.** Lorsque les parties ont convenu de retarder la détermination du terme ou de laisser à l'une d'elles le soin de le déterminer et qu'à l'expiration d'un délai raisonnable, elles n'y ont point encore procédé, le tribunal peut, à la demande de l'une d'elles, fixer ce terme en tenant compte de la nature de l'obligation, de la situation des parties et de toute circonstance appropriée.

Le tribunal peut aussi fixer ce terme lorsqu'il est de la nature de l'obligation qu'elle soit à terme et qu'il n'y a pas de convention par laquelle on puisse le déterminer.

[65] Cet article prévoit que le tribunal peut fixer le terme d'un contrat dans trois situations distinctes : lorsque les parties ont retardé la détermination du terme et qu'elles ne l'ont pas fixé dans un délai raisonnable; lorsqu'elles ont laissé à l'une d'elles le soin de le déterminer et que cela n'a pas été fait dans un délai raisonnable; ou lorsqu'il est de la nature de l'obligation qu'elle soit à terme et qu'aucune convention ne permet de déterminer ce terme.

[66] Dans chacune de ces trois situations, aucun terme n'est déjà fixé dans le contrat en cause. L'article 1512 *C.c.Q.* s'applique en l'absence d'un terme ou devant un terme incertain. Il n'a pas été adopté pour faire échec au renouvellement automatique d'un contrat dont le terme est clairement défini. En conséquence, il ne peut s'appliquer en l'espèce, puisque les parties ont fixé un terme de cinq ans à leur contrat. Le fait que ce terme puisse être renouvelé n'en altère pas pour autant le caractère déterminé.

[67] À tout événement, l'art. 1512 *C.c.Q.* ne peut s'appliquer puisqu'aucune des parties n'en a fait la demande. Le juge Émond, un des juges majoritaires de la Cour d'appel, l'a souligné : le libellé de l'article prévoit que son application se fait à la demande de l'une des parties. Il s'agit donc d'un recours autonome qui doit être intenté pour pouvoir s'appliquer.



sought if it is to apply. Moreover, the Quebec Court of Appeal recently endorsed this position in a unanimous decision rendered subsequently to its decision in the case at bar in which it stated that [TRANSLATION] “[a] formal application to fix a term for the . . . obligation [must] therefore . . . be made to the court in order to alert the [affected party] to the fact that his [or her] rights [are] liable to be modified” (*Triou v. Teman*, 2016 QCCA 908, at para. 14 (CanLII)).

[68] In sum, no matter what approach is taken in analyzing the situation, the trial judge made no palpable and overriding error in concluding that the contract of affiliation is for a fixed term and that, under clause 10, the member pharmacists have a unilateral option to renew the contract every five years and Uniprix is unable to oppose such a renewal. Because the contract is not for an indeterminate term, Uniprix may not resiliate it on reasonable notice, and art. 1512 *C.C.Q.* cannot be applied to fix a term for it.

B. *Validity of Contracts Whose Effects Are Perpetual in Quebec Civil Law*

[69] Uniprix’s second argument is that, if the contract does not confer on it either a power to oppose the renewal of the contract or a power to terminate it without cause, the effects of the contract may therefore be perpetual, as Uniprix may be bound by the contract for as long as the member pharmacists comply with their obligations and wish to renew it for successive five-year terms. Uniprix submits that such perpetual effects are unlawful in Quebec civil law because they are contrary to the *Code* and to public order. It adds that this defect of perpetuity must be cured by overriding the renewal procedure created by the parties and defining the contract as one for an indeterminate term, in which case Uniprix would be able to terminate the contract without cause on giving reasonable notice.

[70] In our opinion, this argument is without merit. As both the Superior Court and the majority of the Court of Appeal found, nothing in the *Code* prohibits contracts such as the contract of affiliation from having effects that could be perpetual. Nor is there any basis for concluding that such contracts are contrary to public order.

Depuis l’arrêt rendu dans le présent pourvoi, la Cour d’appel du Québec a d’ailleurs entériné cette position à l’unanimité. Comme elle l’a affirmé récemment, « [u]ne demande formelle de fixer un terme à l’obligation [. . .] [doit] donc être adressée au tribunal pour permettre à [la partie visée] de savoir que ses droits [sont] susceptibles d’être modifiés » (*Triou c. Teman*, 2016 QCCA 908, par. 14 (CanLII)).

[68] Somme toute, peu importe l’angle sous lequel on analyse la situation, le juge de première instance n’a commis aucune erreur manifeste et déterminante en concluant que le contrat d’affiliation est à durée déterminée et que sa clause 10 donne aux pharmaciens-membres la faculté unilatérale de le renouveler à tous les cinq ans, sans qu’Uniprix ne puisse s’y opposer. Puisque le contrat n’est pas à durée indéterminée, Uniprix ne peut le résilier moyennant un préavis raisonnable, et il n’est pas possible d’appliquer l’art. 1512 *C.c.Q.* pour lui fixer un terme.

B. *La validité des contrats aux effets perpétuels en droit civil québécois*

[69] Dans un deuxième temps, si le contrat ne lui accorde ni la faculté de s’opposer à son renouvellement ni celle d’y mettre fin sans cause, Uniprix soutient que ses effets peuvent alors être perpétuels, car le contrat peut la lier tant et aussi longtemps que les pharmaciens-membres respectent leurs obligations et désirent le renouveler pour des termes successifs de cinq ans. Cela étant, Uniprix plaide que de tels effets perpétuels seraient illégaux en droit civil québécois, puisque contraires au *Code* et à l’ordre public. Elle ajoute que ce vice de perpétuité doit être sanctionné en écartant les modalités de renouvellement prévues par les parties et en caractérisant le contrat de contrat à durée indéterminée, ce qui lui permettrait dès lors d’y mettre fin sans cause, moyennant l’envoi d’un préavis raisonnable.

[70] À notre avis, cet argument est mal fondé. Comme l’ont conclu la Cour supérieure et les juges majoritaires de la Cour d’appel, rien dans le *Code* n’interdit les effets potentiellement perpétuels d’un contrat tel que le contrat d’affiliation. Rien ne permet non plus de conclure que ces contrats sont contraires à l’ordre public.

[71] Our colleague does not address this question, which in our view is central to this case. She instead declines to do so on the basis that a clause whose effects could be perpetual cannot be inferred where there is no express stipulation. We disagree. Neither the Quebec authors or courts nor even the parties in this case have suggested that an express stipulation is required in order to give effect to the term of a contract whose effects could be perpetual. On the contrary, Professors Lluellas and Moore, for example, note that [TRANSLATION] “[a]side from the scenario — quite unlikely in practice — of an express stipulation of perpetuity, a perpetual nature can be found to exist in [certain] hypothetical cases”, including where “the contract is one for a fixed term (for example, one year, five years), but subject to automatic renewal at the expiry of each term for an identical period, and it is impossible for either party to oppose the renewal” (No. 2144). This last situation is analogous to that of the contract of affiliation: a context in which the intention to possibly bind oneself in perpetuity can be inferred from the terms of the contract although there is no express stipulation to that effect. In *BMW Canada inc.*, the Quebec Court of Appeal also held that a perpetual renewal can be implicit and be found to exist on the basis of evidence of usage (para. 140 (CanLII)).

[72] In Quebec civil law, the fundamental principle of consensualism prevails unless a “particular or solemn form is required as a necessary condition for the formation of a contract” (art. 1414 *C.C.Q.*). As Professors Baudouin and Jobin point out, [TRANSLATION] “a contractual obligation arises from the meeting of two minds and does not have to be expressed in a particular form prescribed by law in order for the contract to be valid” (No. 90). The problem raised by the possibility of the contract having perpetual effect must be resolved not by taking a formalistic approach, but by analyzing the common intention of the parties having regard to the provisions of the *Code* and to public order. Once this common intention has been identified, it does not matter whether the possibly perpetual effects of the contract result from an express stipulation. In our opinion, the metaphor our colleague employs in this

[71] Dans ses motifs, notre collègue ne se prononce pas sur cette question, à notre avis centrale au litige. Elle décide plutôt de ne pas s’y attarder au motif qu’une clause aux effets potentiellement perpétuels ne pourrait pas s’inférer en l’absence d’une stipulation expresse. Nous sommes en désaccord avec cette affirmation. Ni la doctrine ni la jurisprudence québécoise, pas plus du reste que les parties en l’espèce, ne suggèrent qu’une stipulation expresse soit requise pour donner effet au terme d’un contrat aux effets potentiellement perpétuels. Bien au contraire, les professeurs Lluellas et Moore notent par exemple qu’« [à] part l’hypothèse — peu vraisemblable en pratique — d’une stipulation expresse de perpétuité, on doit conclure au caractère perpétuel dans [certaines] hypothèses », entre autres lorsque « le contrat est conclu pour une durée déterminée (un an, cinq ans, par exemple), mais sujet à un renouvellement automatique à chaque échéance pour une période identique, sans possibilité, pour chaque partie, de mettre en échec la reconduction » (n° 2144). Il s’agit là d’une situation analogue à celle du contrat d’affiliation, soit d’un contexte où la volonté de se lier potentiellement à perpétuité s’infère des termes du contrat, sans stipulation expresse en ce sens. Dans *BMW Canada inc.*, la Cour d’appel du Québec reconnaît également qu’un renouvellement perpétuel peut être implicite et découler d’une preuve d’usage (par. 140 (CanLII)).

[72] Le principe fondamental du consensualisme prévaut en droit civil québécois à moins qu’une « forme particulière ou solennelle [soit] exigée comme condition nécessaire à la formation du contrat » (art. 1414 *C.c.Q.*). Comme le rappellent les professeurs Baudouin et Jobin, « l’obligation contractuelle naît de la rencontre des deux volontés sans qu’il soit nécessaire à la validité du contrat de l’exprimer à travers une forme particulière, prescrite par la loi » (n° 90). La difficulté que pose l’effet potentiellement perpétuel du contrat doit être résolue non pas par une approche formaliste, mais par une analyse de l’intention commune des parties en relation avec les dispositions du *Code* et l’ordre public. Une fois cernée cette intention commune, il importe peu que les effets potentiellement perpétuels du contrat découlent ou non d’une stipulation expresse. La métaphore qu’emploie notre collègue

regard (at para. 167) seems inappropriate. While it is true that the *Code* requires the observance of formalities, on pain of nullity, for the exchange of marriage vows (arts. 365 to 377 and 380 *C.C.Q.*; *Rules respecting the solemnization of civil marriages and civil unions*, CQLR, c. CCQ, r. 3), it does not do so for an innominate commercial contract of affiliation entered into by sophisticated parties.

(1) Provisions of the *C.C.Q.*

[73] The *C.C.Q.* does not prohibit a contract like the one at issue here from having effects that could be perpetual. Before we turn to an analysis of the *C.C.Q.*'s provisions, it will be helpful to briefly review the history of contracts that were said to be perpetual under the *Civil Code of Lower Canada* (“*C.C.L.C.*”).

(a) *Perpetual Contracts and the C.C.L.C.*

[74] When the *C.C.L.C.* was in force, nothing prevented contracting parties from binding themselves in perpetuity. No provision of the *C.C.L.C.* imposed such a prohibition. The commentators confirm that such contracts were perfectly legal at the time (Baudouin and Jobin, at No. 102). They rely in this regard mainly on the case law of this Court.

[75] In one case decided in 1945, the Court upheld the validity of a contract that permitted the use of water power from the Lachine Canal for a term of 21 years that was renewable at the sole discretion of the user (*Consumers Cordage Co. v. St. Gabriel Land & Hydraulic Co.*, [1945] S.C.R. 158, at p. 161). The Court concluded that “under Quebec law the covenant for perpetual renewal is not contrary to public policy, nor prohibited by law” (p. 166). It ultimately decided that it should defer to the intention of the contracting parties, stating that “[their] intention . . . must prevail” (p. 167).

[76] Nearly 20 years later, this Court upheld the validity of a one-year lease that was to be renewed automatically [TRANSLATION] “until the said lease is

à cet égard (au par. 167) nous semble mal adaptée. Si le *Code* impose, sous peine de nullité, un formalisme à l'échange de vœux à l'occasion d'un mariage (art. 365 à 377 et 380 *C.c.Q.*; *Règles sur la célébration du mariage civil ou l'union civile*, RLRQ, c. CCQ, r. 3), il ne le fait pas pour un contrat innommé d'affiliation de nature commerciale conclu entre parties averties.

(1) Les dispositions du *C.c.Q.*

[73] Le *C.c.Q.* n'interdit pas les effets potentiellement perpétuels d'un contrat comme celui qui nous occupe. Avant de nous pencher sur l'analyse des dispositions du *C.c.Q.*, il est utile de tracer un court historique des contrats dits perpétuels à l'ère du *Code civil du Bas-Canada* (« *C.c.B.-C.* »).

a) *Les contrats perpétuels et le C.c.B.-C.*

[74] À l'époque du *C.c.B.-C.*, rien n'empêchait les parties de se lier contractuellement à perpétuité. Aucune disposition du *C.c.B.-C.* ne prévoyait une telle interdiction. De plus, la doctrine reconnue confirme que de tels contrats étaient alors parfaitement légaux (Baudouin et Jobin, n° 102). À ce chapitre, cette doctrine s'appuie principalement sur les arrêts de notre Cour.

[75] Ainsi, dès 1945, notre Cour confirmait la validité d'un contrat qui permettait l'exploitation de l'énergie hydraulique du canal Lachine pour une période de 21 ans, renouvelable à la seule discrétion de l'exploitant (*Consumers Cordage Co. c. St. Gabriel Land & Hydraulic Co.*, [1945] R.C.S. 158, p. 161). Elle concluait alors que [TRANSLATION] « suivant les règles de droit applicables au Québec, une clause de renouvellement perpétuel d'un contrat n'est ni contraire à l'ordre public ni interdite par la loi » (p. 166). Au final, notre Cour décidait qu'il fallait s'en remettre à la volonté des parties contractantes, notant que « [leur] intention doit prévaloir » (p. 167).

[76] Près de 20 ans plus tard, notre Cour confirmait la validité d'un bail d'une durée d'un an qui se renouvelait automatiquement « jusqu'à ce que le dit

cancelled by written notice from the lessee to the lessor” (*Cyclorama de Jérusalem Inc. v. Congrégation du Très Saint Rédempteur*, [1964] S.C.R. 595, at p. 597). Interpreting the words of the contract, the Court concluded that the parties had, in stipulating that only the lessee could cancel the lease, excluded the possibility “that the lease could also be terminated by notice from the lessor” (p. 600). The Court found that the contract was valid despite its perpetual effects, noting that “the perpetual lease issue was conclusively decided by this Court in *Consumers Cordage*” (p. 599).

[77] In the same vein, the Quebec Court of Appeal echoed those decisions in 1979 when it upheld a one-year residential lease “[that could] be renewed on my request ([TRANSLATION] i.e. that of the appellant lessee) on a year to year basis at same rental and conditions etc.” (*Neale v. Katz*, [1979] C.A. 192, at p. 193). In that case, Mayrand J.A. wrote, despite the opinion of some Quebec and French commentators of the time, that since *Consumers Cordage*, it [TRANSLATION] “appears . . . highly doubtful that a lease in perpetuity is void or even voidable in Quebec civil law” (p. 194). In our view, it would be inappropriate to overturn that precedent, which is based on those two judgments of this Court.

[78] Although *Cyclorama* and *Neale* dealt more specifically with lease agreements, it should be noted that the contract at issue in *Consumers Cordage* was an innominate contract, which supports the argument that the *C.C.L.C.* did not prohibit contracts, whether leases or any others, from being perpetual.

(b) *Perpetual Contracts and the C.C.Q.*

[79] In enacting the *C.C.Q.*, the legislature did not change the general state of the law in this regard, although it did opt in the case of certain contracts to limit their term for very specific reasons. For example, it limited the duration of payment of an annuity to a maximum of 100 years after the annuity is constituted (art. 2376 *C.C.Q.*). It also provided that a commercial lease may continue for up to 100 years from its effective date (art. 1880 *C.C.Q.*).

bail soit annulé par un avis écrit du locataire au locateur » (*Cyclorama de Jérusalem Inc. c. Congrégation du Très Saint Rédempteur*, [1964] R.C.S. 595, p. 597). Interprétant les termes de ce contrat, notre Cour concluait que puisque les parties avaient prévu que seule la locatrice puisse annuler le bail, elles avaient par le fait même exclu « que le bail puisse aussi se terminer par un avis du locateur » (p. 600). Elle a confirmé la validité de ce contrat malgré ses effets perpétuels, notant que « la question du bail à perpétuité a été définitivement déterminée par cette Cour dans la cause de *Consumers Cordage* » (p. 599).

[77] Par ailleurs, dans la même foulée, la Cour d’appel du Québec faisait écho à ces arrêts, en 1979, en déclarant valide un bail résidentiel d’un an [TRADUCTION] « [qui pouvait] être reconduit à ma demande (i.e. à la demande du locataire appellant) d’année en année au même loyer et aux mêmes conditions, etc. » (*Neale c. Katz*, [1979] C.A. 192, p. 193). Le juge Mayrand écrivait alors, malgré l’opinion d’une certaine doctrine québécoise et française de l’époque, que depuis *Consumers Cordage*, il « paraît fort douteux que le bail à perpétuité en droit civil québécois soit nul ou même annulable » (p. 194). Nous estimons inopportun d’écarter ce précédent qui prend appui sur ces deux arrêts de notre Cour.

[78] Bien que les arrêts *Cyclorama* et *Neale* aient porté plus spécifiquement sur des contrats de bail, il convient de noter que le contrat en cause dans *Consumers Cordage* était un contrat innommé, ce qui appuie la prétention selon laquelle le *C.c.B.-C.* n’interdisait pas la perpétuité des contrats, qu’il s’agisse ou non d’un bail.

b) *Les contrats perpétuels et le C.c.Q.*

[79] Lors de l’adoption du *C.c.Q.*, le législateur n’a pas changé l’état général du droit à cet égard, mais il a choisi de limiter pour des motifs bien précis la durée de certains contrats. Il a par exemple limité la durée du service de la rente à un maximum de 100 ans suivant sa constitution (art. 2376 *C.c.Q.*). Il a également prévu qu’un bail commercial peut se prolonger jusqu’à 100 ans à partir de sa prise d’effet (art. 1880 *C.c.Q.*). Comme les *Commentaires du*

As the *Commentaires du ministre* indicate, the latter article was enacted to [TRANSLATION] “put an end to the debate surrounding the validity of the perpetual lease by expressly prohibiting such leases” (Quebec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), at p. 1181). Finally, the legislature specifically provided for the possibility of resiliating an unlimited suretyship (art. 2362 C.C.Q.). The *Commentaires du ministre* indicate that this article was enacted because it “seemed contrary to public order that such an agreement could be perpetual” (p. 1482).

[80] Uniprix submits that these few articles illustrate an intention on the legislature’s part to prohibit any obligation whose effects could be perpetual in Quebec civil law. However, this reasoning is contradicted by most of the authors who have written on this topic.

[81] Professors Lluelles and Moore refuse to read into the limits imposed on certain contracts a more general prohibition against perpetuity in Quebec. In their view, [TRANSLATION] “the term of a contract has no upper limit other than where the legislature has provided for an exception, unless a judge characterizes an *intuitu personae* contract as *perpetual*, as such a term would be excessive having regard to basic human rights” (No. 2044 (emphasis in original; footnote omitted)). As they see it, “Quebec’s modern-day codifiers did not proscribe the perpetual contract generally[, but] simply placed limits on it by narrowing its scope, in a small number of contracts” (No. 2154). They are also of the view that automatic renewal clauses like the one adopted by the parties in the case at bar are entirely valid, stating that “[i]f the contract does not provide for . . . a blocking power [for one of the parties], it should be presumed that the renewal cannot be prevented” (No. 2194 (footnote omitted)). Professors Lluelles and Moore suggest, but only hypothetically in the event — which they do not accept — that perpetuity were found to be unlawful or contrary to public order, that a contract with perpetual effects would in that case have to be considered valid, “but that its unlimited term should then be recharacterized as simply an indeterminate term, which would clear the way for a power to resiliate” (No. 2158).

*ministre* l’indiquent, le législateur voulait par l’adoption de ce dernier article « mettre fin à la controverse sur la validité du bail perpétuel, en l’interdisant expressément » (Québec, ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), p. 1181). Enfin, le législateur a spécifiquement prévu la possibilité de résilier un cautionnement illimité (art. 2362 C.c.Q.). Les *Commentaires du ministre* indiquent que cet article a été adopté parce qu’il « a semblé contraire à l’ordre public qu’un engagement puisse être perpétuel » (p. 1482).

[80] Uniprix soutient que ces quelques articles illustrent l’intention du législateur d’interdire toute obligation aux effets potentiellement perpétuels en droit civil québécois. Ce raisonnement est cependant réfuté par une majorité des auteurs de doctrine sur le sujet.

[81] Les professeurs Lluelles et Moore refusent de voir dans l’encadrement de certains contrats une interdiction plus générale de la perpétuité au Québec. À leur avis, « la durée d’un contrat n’est soumise à aucun plafond, sauf exception du législateur, et sous réserve qu’un juge ne qualifie de *perpétuel* un contrat *intuitu personae*, en raison d’une durée excessive au regard des droits fondamentaux de la personne » (n° 2044 (en italique dans l’original; note en bas de page omise)). À leurs yeux, « le codificateur moderne du Québec n’a pas condamné en principe le contrat perpétuel [et] s’est contenté de l’encadrer en en réduisant la portée, dans un petit nombre de contrats » (n° 2154). Ils sont également d’avis que les clauses de renouvellement automatique comme celle adoptée par les parties en l’espèce sont tout à fait valides, opinant que « [s]i le contrat ne prévoit pas [de] faculté de blocage [pour une des parties], on devrait présumer que la reconduction ne peut être contrecarée » (n° 2194 (note en bas de page omise)). Ce n’est que de façon hypothétique, si la perpétuité était jugée illégale ou contraire à l’ordre public — ce qu’ils n’admettent pas —, que les professeurs Lluelles et Moore suggèrent qu’il faudrait alors maintenir la validité d’un contrat aux effets perpétuels « tout en requalifiant sa durée illimitée en une durée simplement indéterminée, ouvrant la voie à la faculté de résiliation » (n° 2158).

[82] Professors Baudouin and Jobin take a slightly different position. In their opinion, the provisions limiting the term of certain contracts [TRANSLATION] “reflect the legislature’s policy on the term of a contract and must therefore be extended by analogy to all other contracts” (No. 102). However, rather than treating a perpetual contract as a contract for an indeterminate term, as Uniprix proposes, they suggest reducing the term of such a contract to 100 years (*ibid.*). The idea behind this solution seems to be to give effect to the parties’ intention to bind themselves for a long period, but to ensure that they cannot do so for an unlimited time.

[83] Only one isolated academic authority supports Uniprix’s argument. Professors Pineau, Burman and Gaudet, relying on the same articles of the *C.C.Q.* and their own analysis of French law, conclude [TRANSLATION] “that in Quebec law, as in French law, perpetual obligations are considered to be contrary to public order” (para. 284). In their view, a contract that is renewable at the discretion of only one party must necessarily be considered to be a contract for an indeterminate term (para. 280, fn. 929). Yet they find that a contract of employment that binds an employer in perpetuity for successive five-year terms is valid. Indeed, they express the opinion that such a contract would not be for an indeterminate term, as “the employer could not decide unilaterally to dismiss the employee (without cause) on the pretext that the contract is perpetual” (para. 282).

[84] In addition to being contradictory at times, the analysis proposed by Professors Pineau, Burman and Gaudet leaves something to be desired and is of no assistance in resolving the issue on its merits. It suggests that, by limiting the term of certain contracts when the *C.C.Q.* was enacted, the legislature in fact intended to implement a blanket prohibition against contracts with perpetual effects. In our view, this line of reasoning is not persuasive. When it enacted the *C.C.Q.*, the Quebec legislature was obviously familiar with the law as it existed under the *C.C.L.C.* It was well aware of the issues raised by such contracts, as can be seen from the *Commentaires du ministre*, in which perpetuity is discussed

[82] Les professeurs Baudouin et Jobin adoptent une position légèrement différente. Selon ces derniers, les dispositions qui limitent la durée de certains contrats « reflètent la politique du législateur sur la durée des contrats et doivent en conséquence être étendues par analogie à tout autre contrat » (n° 102). Néanmoins, plutôt que de traiter les contrats perpétuels comme des contrats à durée indéterminée, comme le propose Uniprix, ils suggèrent d’en réduire dans ce cas la durée à un siècle (*ibid.*). Cette solution vise vraisemblablement à donner effet à la volonté des parties de se lier pour une longue période, sans pour autant leur permettre de le faire de façon illimitée.

[83] Seule une doctrine isolée appuie l’argument d’Uniprix. Les professeurs Pineau, Burman et Gaudet se fondent en effet sur les mêmes articles du *C.c.Q.* et sur leur analyse du droit français pour conclure « que le droit québécois, à l’instar du droit français, considère l’obligation perpétuelle comme contraire à l’ordre public » (par. 284). Selon ces derniers, un contrat qui se renouvelle à la discrétion d’une seule partie doit nécessairement être assimilé à un contrat à durée indéterminée (par. 280, note 929). Pourtant, ils reconnaissent la validité d’un contrat d’emploi selon lequel l’employeur serait lié à perpétuité pour des termes successifs de cinq ans. Ils opinent même qu’un tel contrat ne serait pas à durée indéterminée, puisque « l’employeur ne pourrait pas décider unilatéralement de renvoyer son employé (sans juste cause), sous le prétexte qu’il s’agit d’un contrat perpétuel » (par. 282).

[84] Cette analyse proposée par les professeurs Pineau, Burman et Gaudet, en plus d’être parfois contradictoire, est perfectible et ne permet pas de résoudre la question sur le fond. Elle suggère qu’en limitant la durée de certains contrats lors de l’adoption du *C.c.Q.*, le législateur avait en fait l’intention d’interdire de façon générale les contrats aux effets perpétuels. À notre avis, ce raisonnement n’est pas convaincant. Au moment d’adopter le *C.c.Q.*, le législateur québécois connaissait manifestement l’état du droit qui prévalait sous le *C.c.B.-C.* Il était bien conscient des enjeux soulevés par de tels contrats, comme en font foi les *Commentaires du ministre* qui traitent de la perpétuité en lien avec certains

with respect to only certain specific articles. Nonetheless, it decided to place limits on only certain specific types of contracts, declining to enact a general provision prohibiting all perpetual contracts. It follows that there is no prohibition against perpetual contracts in the *C.C.Q.*, except in the specific cases for which the legislature has provided.

[85] As for the analogy with French law on which Professors Pineau, Burman and Gaudet rely, we find it flawed and inconclusive. First of all, it should be noted that the French legislature recently enacted a provision expressly prohibiting all perpetual contracts (art. 1210 *C. civ.*). The Quebec legislature has not seen fit to do the same; the positions of the two legislatures are therefore not comparable.

[86] This being said, it is true that before that recent legislative amendment in France, some French authors had concluded on the basis of a few articles of specific application that perpetuity was, *in principe*, contrary to public order (see e.g. J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 4, *Les obligations* (22nd ed. 2000), at No. 140). Their opinion was based largely on [TRANSLATION] “the objective of protecting individual freedom” (J. Ghestin, C. Jamin and M. Billiau, *Les effets du contrat* (3rd ed. 2001), at No. 264; see e.g. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, January 18, 2000, *Bull. civ.* 1 10, No. 98-10.378), however, and individual freedom is at stake only in the context of certain types of contracts. Other authors had noted the more nuanced approach taken by certain French courts, which had upheld the validity of certain perpetual obligations, especially in commercial matters, while finding such obligations to be invalid if they might have had a real effect on individual freedom (Ghestin, Jamin and Billiau, at No. 200, quoting Cass. civ., June 25, 1907, D.P. 1907.1.337; see also Lluellas and Moore, at No. 2153). As we will see in discussing the concept of public order, this nuanced approach is preferable to a categorical prohibition against all perpetual obligations. However, it has no bearing on this case.

[87] Like most of the academic literature, the existing Quebec case law is of no assistance to Uniprix on this point. The only decision rendered since

articles spécifiques uniquement. Malgré tout, il a décidé de n’encadrer que certains types de contrats particuliers, refusant d’adopter une disposition générale qui aurait interdit tout contrat à portée perpétuelle. Il faut en conclure que rien dans le *C.c.Q.* n’interdit les contrats perpétuels, sauf dans les cas spécifiques prévus par le législateur.

[85] En ce qui concerne l’analogie avec le droit français sur laquelle se fondent les professeurs Pineau, Burman et Gaudet, nous l’estimons incomplète et peu concluante. Tout d’abord, il convient de noter que le législateur français a récemment adopté une disposition interdisant de façon expresse tout contrat perpétuel (art. 1210 *C. civ.*). Le législateur québécois n’a pas cru bon faire de même; la posture respective des deux législateurs n’est donc pas comparable.

[86] Cela dit, il est vrai qu’avant cette récente modification législative française, certains auteurs français avaient conclu sur la base de quelques articles d’application spécifique que la perpétuité était *en principe* contraire à l’ordre public (voir p. ex. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations* (22<sup>e</sup> éd. 2000), n<sup>o</sup> 140). Cette opinion était cependant largement fondée sur « la finalité de protection de la liberté individuelle » (J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Les effets du contrat* (3<sup>e</sup> éd. 2001), n<sup>o</sup> 264; voir p. ex. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 janvier 2000, *Bull. civ.* 1 10, n<sup>o</sup> 98-10.378). Or, la liberté individuelle n’est en jeu que dans certains types de contrats. D’ailleurs, d’autres auteurs avaient constaté l’approche plus nuancée adoptée par certains tribunaux français qui avaient confirmé la validité de certaines obligations perpétuelles, surtout en matière commerciale, tout en invalidant celles qui auraient véritablement affecté la liberté individuelle (Ghestin, Jamin et Billiau, n<sup>o</sup> 200, citant Cass. civ., 25 juin 1907, D.P. 1907.1.337; voir aussi Lluellas et Moore, n<sup>o</sup> 2153). Comme nous le verrons lors de la discussion sur la notion d’ordre public, cette approche nuancée est préférable à une interdiction catégorique de toute obligation perpétuelle. Elle n’a toutefois aucun impact dans le cas présent.

[87] Tout comme la doctrine majoritaire, la jurisprudence québécoise actuelle n’est d’aucun secours pour Uniprix sur ce point. Le seul arrêt rendu depuis

the enactment of the *C.C.Q.* that relates directly to the issue before us is that of the Court of Appeal in the instant case. No other decision has dealt with the legality of innominate contracts whose effects could be perpetual. In short, nothing in the *Code*, the academic literature or the case law supports Uniprix's position that a contract of affiliation whose effects could be perpetual is contrary to Quebec civil law.

(2) Public Order

[88] Despite the fact that contracts whose effects could be perpetual, like the contract of affiliation, are not contrary to any provision of the *Code*, Uniprix insists and maintains that the renewal clause should nonetheless be considered unlawful. This position is based on the application of the more general concept of public order. In our view, Uniprix is mistaken on this point as well.

[89] Public order is one of the few limits on contractual freedom in Quebec civil law (art. 9 *C.C.Q.*). It can be defined [TRANSLATION] “as ‘the imposition of the social, moral, economic or political considerations’ of society on legal relationships” (Baudouin and Jobin, at No. 97, quoting G. Goldstein and N. Mestiri, “La liberté contractuelle et ses limites”, in B. Moore, ed., *Mélanges Jean Pineau* (2003), 299, at p. 310). Although “[m]ost of the principles of public order . . . are codified . . . [they] may [also] be created by the courts”, since “the courts may raise any unwritten rule to the rank of a principle of public order where that rule is consistent with the fundamental values of the society at a particular point in its development” (*Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, 2002 SCC 21, [2002] 1 S.C.R. 719, at paras. 43 and 46).

[90] It is true that the “variable, shifting or developing nature of the concept of public order sometimes makes it extremely difficult to arrive at a precise or exhaustive definition of what it covers” (*Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178, at para. 52). Nevertheless, it must in every case be possible to tie the concept of public order to specific values or principles that might be violated by the contractual provisions

l'adoption du *C.c.Q.* qui porte directement sur la question qui nous occupe est celui de la Cour d'appel en l'espèce. Aucune autre décision n'a traité de la légalité de contrats innommés ayant des effets potentiellement perpétuels. Bref, ni les dispositions du *Code*, ni la doctrine, ni la jurisprudence ne fournissent d'appui à la position d'Uniprix selon laquelle un contrat d'affiliation ayant potentiellement des effets perpétuels est contraire au droit civil québécois.

(2) Ordre public

[88] Même si un contrat aux effets potentiellement perpétuels tel que le contrat d'affiliation ne contrevient à aucune disposition du *Code*, Uniprix insiste et soutient que la clause de renouvellement devrait néanmoins être jugée illégale. Cette illégalité résulterait cette fois de l'application de la conception plus générale de l'ordre public. Nous sommes d'avis qu'Uniprix a tort là également.

[89] L'ordre public est l'une des rares limites à la liberté contractuelle en droit civil québécois (art. 9 *C.c.Q.*). Il se définit « comme “l'imposition de considérations sociales, morales, économiques ou politiques” de la société dans les rapports juridiques » (Baudouin et Jobin, n° 97, citant G. Goldstein et N. Mestiri, « La liberté contractuelle et ses limites », dans B. Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau* (2003), 299, p. 310). Bien que « la plupart des principes d'ordre public [soient] codifiés[, ils] peuvent [aussi] être de création judiciaire » puisque « les tribunaux ont le pouvoir d'élever au rang de principe d'ordre public toute règle non écrite qui s'accorde avec les valeurs fondamentales de la société à un moment donné de son évolution » (*Goulet c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, 2002 CSC 21, [2002] 1 R.C.S. 719, par. 43 et 46).

[90] Il est vrai que le « caractère variable, protéiforme et évolutif [du] concept d'ordre public rend [. . .] fort difficile toute tentative de définition précise ou exhaustive de son contenu » (*Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178, par. 52). Néanmoins, il faut dans tous les cas être en mesure de lier la notion d'ordre public à des valeurs ou à des principes précis auxquels pourraient contrevénir les stipulations



at issue. Tautologies will not suffice. However, Uniprix was unable, either in its factum or at the hearing, to identify the fundamental values that would be undermined by a perpetual contract, and more specifically by its contract of affiliation with the member pharmacists. Similarly, Professors Pineau, Burman and Gaudet, on whose work Uniprix relies, assert that perpetual contracts are contrary to public order but fail to identify the fundamental values that they consider to be threatened (para. 284). In our view, perpetual obligations do not in themselves offend any of our fundamental societal values and are not generally contrary to public order.

[91] We agree that there are circumstances in which the imposition of perpetual obligations could offend public order. For example, the protection of individual freedom and fundamental rights is one of our fundamental societal values. It is why the legislature has limited the term of contracts of employment: to preserve the freedom of employees (Baudouin and Jobin, at No. 441; *Asphalte Desjardins inc. v. Québec (Commission des normes du travail)*, 2013 QCCA 484, at para. 50 (CanLII), reversed on appeal, but not on this point: 2014 SCC 51, [2014] 2 S.C.R. 514). For contracts whose attributes have not been regulated by the legislature, it is also necessary to [TRANSLATION] “reconcile two principles, autonomy of the will and freedom of the person — especially that of natural persons” (Lluelles and Moore, at No. 2154). It follows that it would likely be contrary to public order to impose in perpetuity obligations whose nature is such as to affect an individual’s person and freedom (*ibid.*, at No. 2156).

[92] These various principles apply to automatic renewal clauses like the one between the parties. In the context of a corporate and commercial partnership such as the one between Uniprix and the member pharmacists, the fact that a contract leaves the option to renew entirely to the discretion of one of the contracting parties does not offend public order. The individual freedom of the contracting parties is not at stake, and public order cannot override the parties’ intention. As Professors Lluelles and Moore suggest, [TRANSLATION] “[i]n contracts over

contractuelles en cause. Les tautologies ne suffisent pas. Malgré cela, que ce soit dans son mémoire ou à l’audience, Uniprix est incapable d’identifier les valeurs fondamentales qui seraient mises à mal par les contrats perpétuels, et plus particulièrement par le contrat d’affiliation qui la lie aux pharmaciens-membres. De même, les professeurs Pineau, Burman et Gaudet, sur lesquels Uniprix s’appuie, affirment que les contrats perpétuels seraient contraires à l’ordre public sans pour autant identifier les valeurs fondamentales qui seraient menacées (par. 284). À notre avis, les obligations perpétuelles ne choquent en elles-mêmes aucune valeur fondamentale de notre société, et ne sont pas contraires à l’ordre public de façon générale.

[91] Nous convenons que, dans certaines circonstances, l’imposition d’obligations perpétuelles pourrait choquer l’ordre public. Par exemple, la protection de la liberté individuelle et des droits fondamentaux est une valeur fondamentale de notre société. C’est pourquoi le législateur a limité la durée des contrats de travail, afin de préserver la liberté des travailleurs (Baudouin et Jobin, n° 441; *Asphalte Desjardins inc. c. Québec (Commission des normes du travail)*, 2013 QCCA 484, par. 50 (CanLII), infirmé en appel, mais pas sur ce point : 2014 CSC 51, [2014] 2 R.C.S. 514). Pour les contrats dont les attributs n’ont pas été encadrés par le législateur, il faut tout autant « concilier deux principes, l’autonomie de la volonté et la liberté des personnes — surtout des personnes physiques » (Lluelles et Moore, n° 2154). Il s’ensuit qu’il serait probablement contraire à l’ordre public d’imposer de façon perpétuelle des obligations dont la nature mettrait en jeu la personne même et la liberté d’un individu (*ibid.*, n° 2156).

[92] Ces divers principes s’appliquent aux clauses de renouvellement automatique comme celle qui lie les parties. Dans un contexte de partenariat corporatif et commercial comme celui qui unit Uniprix et les pharmaciens-membres, que le contrat laisse la faculté de renouvellement à l’entière discrétion d’un des contractants ne choque pas l’ordre public. La liberté individuelle des contractants n’est pas en jeu et l’ordre public ne saurait faire échec à la volonté des parties. Comme le suggèrent les professeurs Lluelles et Moore, « [d]ans les contrats où

which public order does not hold sway in any significant way, such as commercial leases or distribution or franchise agreements, a clause that makes this option available to only one of the contracting parties should be lawful” (No. 2196).

[93] From this perspective, it should be noted that the *Code* provides a way out for vulnerable parties who are purportedly bound in perpetuity by a contract of adhesion. Depending on the circumstances, a clause that makes a contract of adhesion perpetual to the detriment of the adhering party could be found to be abusive and therefore null (arts. 1379 and 1437 *C.C.Q.*). But this, too, is of no assistance to Uniprix. The record shows that the contract of affiliation resulted from negotiations between the member pharmacists and Uniprix. In the commercial context of their relationship, it can hardly be characterized as a contract of adhesion. Even if the contract were so characterized, it is the member pharmacists who would be considered the adhering parties (art. 1379 *C.C.Q.*), and it would be very difficult for Uniprix to argue that the renewal clause might be abusive (art. 1437 *C.C.Q.*).

### (3) Decisions Cited by Uniprix

[94] The majority of the Court of Appeal, who endorsed the foregoing principles with respect both to the interpretation of the *Code* and to public order, concluded that the contract of affiliation was perfectly legal in Quebec civil law even though its effects could be perpetual. Although their judgment is the only one in which this issue has been clearly decided under the *Code*, Uniprix counters that conclusion with certain cases in which, in its view, the opposite was held. However, contrary to its position, no general principle — whether on the basis of the *Code*'s provisions or of public order — that contracts with perpetual effects are invalid in Quebec law can be drawn from the cases in question. The contracts at issue in those cases quite simply did not reveal that the parties intended to possibly bind themselves in perpetuity. They are consequently of little assistance in resolving the problem raised by this appeal.

l'ordre public n'exerce aucune pression significative, comme le bail commercial ou les contrats de distribution ou de franchise, la clause n'accordant cette faculté qu'à un seul contractant devrait être légale » (n° 2196).

[93] Dans cette perspective, il convient de noter que le *Code* prévoit une porte de sortie pour les parties vulnérables qui seraient liées à perpétuité par un contrat d'adhésion. Selon les circonstances, une clause rendant un contrat d'adhésion perpétuel, au détriment de l'adhérent, pourrait être jugée abusive, et donc nulle (art. 1379 et 1437 *C.c.Q.*). Mais cela n'est encore une fois d'aucun secours pour Uniprix. Le dossier révèle que le contrat d'affiliation est le fruit de négociations entre les pharmaciens-membres et Uniprix. Dans le contexte commercial de leur relation, il saurait difficilement se qualifier de contrat d'adhésion. Même si c'était le cas, les pharmaciens-membres seraient considérés comme les adhérents (art. 1379 *C.c.Q.*), et Uniprix pourrait fort mal invoquer le caractère potentiellement abusif de la clause de renouvellement (art. 1437 *C.c.Q.*).

### (3) Les décisions citées par Uniprix

[94] Forts de ces constatations auxquelles ils ont adhéré, tant sur l'interprétation du *Code* que sur la notion d'ordre public, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que le contrat d'affiliation, malgré ses effets potentiellement perpétuels, était tout à fait légal en droit civil québécois. Bien qu'il s'agisse du seul arrêt qui a clairement tranché cette question sous le *Code*, Uniprix oppose à cette conclusion certaines décisions qui auraient à son avis retenu la solution inverse. Cependant, contrairement à ce qu'elle affirme, ces décisions n'énoncent pas un principe général selon lequel les contrats aux effets perpétuels sont invalides en droit québécois, que ce soit sur la base des dispositions du *Code* ou de la notion d'ordre public. Les contrats en cause dans ces décisions ne reflétaient tout simplement pas l'intention des parties de se lier potentiellement à perpétuité. En conséquence, elles sont de peu d'utilité pour résoudre le problème que pose ce pourvoi.

[95] The contract at issue in *BMW Canada inc.* can be distinguished from the contract of affiliation in the instant case, as it stipulated no term or renewal mechanism (paras. 11-12). It simply gave the dealer an option to terminate without cause, but it did not give BMW Canada a similar option. It was in that very specific context that the Court of Appeal held, after interpreting the contract, [TRANSLATION] “that it would be unreasonable to conclude that the fact that no term is indicated, in this specific case, mean[t] that BMW Canada was thereby forever waiving its right to terminate the contract without cause” (para. 109 (emphasis added)).

[96] Far from proscribing perpetual contracts generally, the Court of Appeal in that case raised the possibility, depending on the parties’ intention, of other contracts having perpetual effect. In its view, [TRANSLATION] “[e]vidence of usage might have supported a finding that, although the contract is silent, the parties implicitly intended the manufacturer to be subject to an obligation of perpetual renewal” (para. 140). If the perpetual renewal of a contract can result from usage, then it is all the more likely to result from the terms adopted by the parties themselves in their contract.

[97] *Bombardier Produits récréatifs inc. (BRP) v. Christian Moto Sport inc. (CMS)*, 2012 QCCA 1670, can also be distinguished from the case at bar in that it concerned a contract for a fixed term that the parties had mutually agreed to renew over a period of several years (para. 11 (CanLII)). The sole issue in that case was whether it was abusive for one of the parties to decide not to renew the contract upon the expiry of the agreed term (para. 40). It was in that context that the Court of Appeal pointed out that the requirements of good faith alone cannot give [TRANSLATION] “the dealer a right to renew its contract in perpetuity” contrary to the terms of the contract (paras. 41-43).

[98] The contract at issue in *Placements Sergakis inc. v. Société des loteries vidéo du Québec inc.*, 2009 QCCS 4976, expressly granted each party an option to resiliate it unilaterally (para. 25 (CanLII)). The issue was limited to whether the Société had

[95] Dans *BMW Canada inc.*, le contrat en cause se distinguait du présent contrat d’affiliation, en ce qu’il ne contenait aucun terme ni mécanisme de renouvellement (par. 11-12). Il stipulait simplement la faculté de résiliation sans cause du concessionnaire, sans prévoir de faculté similaire pour BMW Canada. C’est dans ce contexte bien précis que la Cour d’appel a conclu, après avoir interprété le contrat, « qu’il serait abusif de conclure que l’absence d’indication quant au terme, dans ce cas précis, signifiait] que BMW Canada renonçait ainsi, et pour toujours, à son droit de mettre fin au contrat sans cause » (par. 109 (nous soulignons)).

[96] Loin de condamner les contrats perpétuels de façon générale, la Cour d’appel a évoqué dans ce même arrêt la possibilité que d’autres contrats aient un effet perpétuel, suivant l’intention des parties. Elle a affirmé que « [l]a preuve d’usage aurait peut-être pu permettre de conclure que, malgré le silence du contrat, les parties voulaient implicitement soumettre le constructeur à une obligation de renouvellement perpétuel » (par. 140). Or, si le renouvellement perpétuel d’un contrat peut découler d’un usage, à plus forte raison peut-il découler des termes adoptés par les parties dans leur contrat.

[97] L’affaire *Bombardier Produits récréatifs inc. (BRP) c. Christian Moto Sport inc. (CMS)*, 2012 QCCA 1670, se distingue aussi de ce pourvoi, puisque le contrat en cause avait un terme défini que les parties avaient décidé de renouveler d’un commun accord pendant plusieurs années (par. 11 (CanLII)). La seule question qui se posait était de savoir s’il était abusif pour l’une des parties de décider de ne pas renouveler le contrat à l’arrivée du terme convenu (par. 40). C’est dans ce contexte que la Cour d’appel a réitéré que les exigences de la bonne foi, à elles seules, ne peuvent donner « au concessionnaire un droit au renouvellement de son contrat à perpétuité », à l’encontre des termes du contrat (par. 41-43).

[98] Le contrat en cause dans *Placements Sergakis inc. c. Société des loteries vidéo du Québec inc.*, 2009 QCCS 4976, prévoyait quant à lui expressément la faculté de résiliation unilatérale de chacune des parties (par. 25 (CanLII)). La question à

exercised that right abusively. It was in that specific context that the Court of Appeal wrote that [TRANSLATION] “a franchisee has no right to the indefinite renewal of its contract even where the franchisor cannot point to a breach of the franchisee’s contractual obligations” (9077-0801 *Québec inc.*, at para. 33 (CanLII)).

[99] *E. & S. Salsberg inc. v. Dylex Ltd.*, [1992] R.J.Q. 2445 (C.A.), can also be distinguished from the instant case. It concerned an oral contract for an indeterminate term, which the two contracting parties had agreed to renew on a year-to-year basis and under which they set the purchase price annually (p. 2449). However, renewal was not left to the discretion of only one of the parties as in the case at bar; it was subject to the parties’ agreement on the price. It was in that very specific context that the Court of Appeal held that the parties had intended to bind themselves for an indeterminate term and that it was accordingly necessary to allow the contract to be resiliated without cause if reasonable notice was given (*ibid.*).

[100] These four Quebec Court of Appeal cases certainly show that, where contracting parties have not fixed a term for their obligations, their contract is for an indeterminate term and may be resiliated by one of them on reasonable notice. But the cases in question are of no assistance in a situation in which the parties have given their contract a clear term and renewal mechanism whose effects could be perpetual. Only in *BMW Canada inc.* was this possibility touched on briefly, but the court left the door open to perpetual renewal where, as here, that is the parties’ common intention.

[101] It is true that the Superior Court has stated that [TRANSLATION] “[n]o one can expect that such a dealership agreement will be perpetual and that the parties, upon entering into it, will be unable to terminate it” (*Bussières (Véhicules récréatifs Gascon enr.) v. Yamaha Motor Canada Ltd.*, 2006 QCCS 905, at paras. 88-93 (CanLII)). It has also stated that [TRANSLATION] “[n]o contract of successive performance over time may last forever or purport to apply in perpetuity” (*Bertrand Équipements inc. v. Kubota Canada Ltée*, [2002] R.J.Q. 1329, at pp. 1331

répondre se limitait à déterminer si la Société avait exercé ce droit de façon abusive. C’est dans ce contexte particulier que la Cour d’appel a écrit que « le franchisé n’a pas un droit au renouvellement indéfini de son contrat même si le franchiseur ne peut invoquer un manquement à ses obligations contractuelles » (9077-0801 *Québec inc.*, par. 33 (CanLII)).

[99] L’affaire *E. & S. Salsberg inc. c. Dylex Ltd.*, [1992] R.J.Q. 2445 (C.A.), se distingue elle aussi du présent pourvoi. Elle mettait en cause un contrat verbal d’une durée indéterminée que les deux parties contractantes avaient accepté de renouveler d’année en année, et dans lequel le prix d’achat était fixé annuellement par les parties (p. 2449). Par contre, le renouvellement n’était pas laissé à la discrétion d’une seule des parties, comme c’est le cas en l’espèce; il était assujéti au consentement des parties quant au prix. C’est dans ce contexte bien précis que, selon la Cour d’appel, les parties avaient voulu se lier pour une durée indéterminée et qu’il fallait par conséquent permettre sa résiliation sans cause, moyennant un préavis raisonnable (*ibid.*).

[100] Ces quatre arrêts de la Cour d’appel du Québec montrent certainement que lorsque les parties n’ont pas fixé de terme à leurs obligations, leur contrat est à durée indéterminée et peut être résilié moyennant un préavis raisonnable. Ils ne sont toutefois d’aucun secours dans une situation où les parties ont assorti leur contrat d’un terme et d’un mécanisme de renouvellement clairs, dont les effets sont potentiellement perpétuels. Seule l’affaire *BMW Canada inc.* aborde brièvement cette éventualité, mais elle laisse la porte ouverte à l’existence d’un renouvellement perpétuel lorsque telle est l’intention commune des parties, comme ici.

[101] Par ailleurs, il est vrai que la Cour supérieure a déjà affirmé que « [n]ul ne peut s’attendre à ce qu’une telle convention de concession soit perpétuelle et que les parties en s’y engageant ne peuvent y mettre fin » (*Bussières (Véhicules récréatifs Gascon enr.) c. Yamaha Motor Canada Ltd.*, 2006 QCCS 905, par. 88-93 (CanLII)). Elle a aussi affirmé qu’« [a]ucun contrat à exécution successive dans le temps n’est éternel ni ne peut prétendre s’appliquer de façon perpétuelle » (*Bertrand Équipements inc. c. Kubota Canada Ltée*, [2002] R.J.Q.

and 1333-34; *Équipement LDL inc. v. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCS 4943, at para. 15 (CanLII)). However, the cases in question predate the Court of Appeal's decision in the instant case, which greatly limits their relevance. Also, the contract at issue in each of those cases expressly provided for an option to resiliate without cause in favour of the party that had terminated the contract. The issue was whether that option had been exercised abusively. When read in context, the Superior Court's comments cannot justify a blanket prohibition against perpetual contracts.

[102] Finally, Uniprix relies on *Parkway Pontiac Buick inc. v. General Motors du Canada ltée*, 2012 QCCS 618, in which the contract at issue stipulated that the dealer was “assured the opportunity to enter into a new [agreement] at the expiration date” (para. 59 (CanLII)). But that seemingly automatic renewal was not found by the court to be invalid, quite the contrary. The court did, in considering a motion for an interlocutory injunction, raise certain doubts about how the contract should be interpreted, noting that that exercise would be a matter for the trial judge, but it nevertheless concluded that the dealer had established a *prima facie* entitlement to have the contract renewed (paras. 64 and 73). The court did not address the perpetuity issue, and no judgment was rendered on the merits, because the case was settled out of court.

#### (4) Application to the Contract of Affiliation

[103] The contract of affiliation between the member pharmacists and Uniprix does not fall within any of the categories of contracts on which the Quebec legislature has imposed a maximum term. Nor does it create any obligations whose possible perpetuity might be contrary to public order. Uniprix corresponds, to draw on the words of Professors Lluelles and Moore, to a [TRANSLATION] “[large-scale] legal perso[n]” whose individual freedom is not threatened by having to assume obligations in perpetuity (No. 2154).

1329, p. 1331 et 1333-1334; *Équipement LDL inc. c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCS 4943, par. 15 (CanLII)). Cependant, ces décisions précèdent l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, ce qui atténue fortement leur pertinence. En outre, les contrats en cause dans ces affaires prévoyaient expressément la faculté de résiliation sans cause de la partie qui avait mis fin au contrat. La question qui se posait était de savoir si cette faculté avait été exercée de manière abusive. Placés dans leur contexte, les propos de la Cour supérieure ne sauraient justifier une interdiction générale des contrats perpétuels.

[102] Finalement, Uniprix s'appuie sur l'affaire *Parkway Pontiac Buick inc. c. General Motors du Canada ltée*, 2012 QCCS 618, dans laquelle le contrat en cause prévoyait que le concessionnaire avait [TRADUCTION] « l'assurance qu'il pourrait conclure une nouvelle [entente] à la date d'expiration du contrat » (par. 59 (CanLII)). Or, ce renouvellement en apparence automatique n'a pas été invalidé par la cour, bien au contraire. Saisie d'une requête en injonction interlocutoire, elle a certes soulevé certains doutes sur l'interprétation à donner au contrat et a noté qu'il reviendrait au juge du fond de procéder à cet examen, mais elle a tout de même conclu que le concessionnaire avait démontré une apparence de droit au renouvellement du contrat (par. 64 et 73). La cour n'a aucunement abordé la question de la perpétuité, et aucun jugement sur le fond n'a été rendu puisque le dossier a fait l'objet d'un règlement hors cour.

#### (4) Application au contrat d'affiliation

[103] Le contrat d'affiliation qui lie les pharmaciens-membres à Uniprix n'entre dans aucune des catégories de contrats auxquelles le législateur québécois impose une durée maximale. Ce contrat ne prévoit pas non plus d'obligations dont la perpétuité potentielle pourrait être contraire à l'ordre public. Pour calquer les propos des professeurs Lluelles et Moore, Uniprix correspond à une « person[n]e moral[e] [. . .] de grande envergure » dont la liberté individuelle n'est pas remise en cause par le fait de devoir assumer des obligations à perpétuité (n° 2154).

[104] A conclusion that Uniprix's obligations are perpetual is all the more reasonable given that, as we mentioned above, it was created for the sole purpose of serving its shareholder members, including the member pharmacists. As counsel for the latter explained at the hearing, [TRANSLATION] "Uniprix was created by Manon Gosselin and about a hundred other pharmacists in 1977"; it was "the intention of those pharmacists to be served forever, to have a permanent relationship with the entity they had created" (transcript, at pp. 55 and 59). The renewal clause reflects this: "[T]hey are allowed to leave . . . . But . . . . Uniprix is not allowed to leave. It is not allowed to [do so], because it is our creation" (*ibid.*, at pp. 59-60). In other words, the commercial purpose of the relationship between the parties means that it makes perfect sense for Uniprix to have agreed to assume obligations toward the member pharmacists for as long as they wish to remain affiliated with it.

## VI. Conclusion

[105] There is no basis for reversing the trial judge's conclusion that the contract of affiliation is for a fixed term and that the option to renew it upon the expiry of each term is limited to the member pharmacists. The Superior Court and the majority of the Court of Appeal were right in holding that the parties to the case intended to be bound by a renewal mechanism whose effects could be perpetual. This renewal mechanism is perfectly legal, as the contract between the parties is not a type whose term has been limited by the Quebec legislature, and as the possibility of the obligations it imposes being perpetual does not offend and is not contrary to public order in Quebec civil law. The notice of non-renewal sent by Uniprix accordingly violates the terms of the contract of affiliation and may not be set up against the member pharmacists. Because the contract is not for an indeterminate term, Uniprix could not resiliate it without cause on reasonable notice as it tried to do.

[106] For these reasons, we would dismiss the appeal with costs.

[104] Le caractère perpétuel des obligations d'Uniprix est d'autant plus raisonnable que, comme nous l'avons mentionné précédemment, elle a été créée dans l'unique but de servir ses actionnaires-membres, dont font partie les pharmaciens-membres. Comme l'a expliqué leur avocat à l'audience, « Uniprix est la création de Manon Gosselin et d'une centaine d'autres pharmaciens en 1977 »; c'était « la volonté de ces pharmaciens-là d'être desservis pour toujours, d'avoir avec leur créature une relation à caractère permanent » (transcription, p. 55 et 59). La clause de renouvellement en est le reflet : « On leur permet [. . .] de partir [. . .] Mais [. . .] on ne permet pas à Uniprix de s'en aller. On ne [le lui] permet pas parce que c'est notre créature » (*ibid.*, p. 59-60). Autrement dit, la raison d'être commerciale de la relation entre les parties rend tout à fait logique qu'Uniprix se soit engagée à assumer des obligations à l'égard des pharmaciens-membres tant et aussi longtemps qu'ils voudraient rester affiliés à elle.

## VI. Conclusion

[105] Rien ne permet d'écarter la conclusion du juge de première instance selon laquelle le contrat d'affiliation est à durée déterminée et permet uniquement aux pharmaciens-membres de le renouveler à l'arrivée de chaque terme. C'est à bon droit que la Cour supérieure et la majorité de la Cour d'appel ont conclu que les parties au litige ont voulu se lier par un mécanisme de renouvellement dont les effets peuvent être perpétuels. Ce mécanisme de renouvellement est tout à fait légal, puisque la durée du type de contrat qui les lie n'a pas été limitée par le législateur québécois et que le caractère potentiellement perpétuel des obligations qu'il impose ne répugne pas et ne contrevient pas à l'ordre public en droit civil québécois. En conséquence, l'avis de non-renouvellement envoyé par Uniprix est contraire aux termes du contrat d'affiliation et est inopposable aux pharmaciens-membres. Puisque ce contrat n'est pas à durée indéterminée, Uniprix ne pouvait pas le résilier sans cause moyennant un préavis raisonnable, comme elle a tenté de le faire.

[106] Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

The reasons of McLachlin C.J. and Côté and Rowe JJ. were delivered by

[107] CÔTÉ J. (dissenting) — The issues raised by this appeal boil down to two questions: Did the trial judge err in declining to interpret the contract at hand? And even if he did not, did he err by failing to characterize the contract as indeterminate, despite the fact that, on his reading of the contract, it binds the appellant in potential perpetuity? I would answer both questions in the affirmative.

[108] With respect to the first issue, the trial judge held that clause 10 of the contract of affiliation is clear and needs no interpretation (2013 QCCS 6251). In my view, that was an error. A reading of the entire contract reveals ambiguities which should have led the trial judge to go on to interpret the parties' common intention under art. 1425 of the *Civil Code of Québec* ("C.C.Q."), rather than determining the matter at the first stage of the interpretation analysis.

[109] However, even if the trial judge's conclusion on the first point is permitted to stand, his failure to properly characterize the contract's term cannot withstand appellate scrutiny. According to his reading of the contract, the intended legal effect of the parties' bargain is to bind the appellant in potential perpetuity, but the respondents for a period of only five years. On the basis of that, the majority of the Court of Appeal characterized the contract as one for a fixed term of five years, notwithstanding that it binds the appellant in potential perpetuity. It did so despite the fact that, as applied to the appellant, the contract's purported five-year term is not an extinctive term at all. In my view, this was an error of law. Given the trial judge's reading of the contract, the contract's term may be characterized as either fixed for perpetuity with a unilateral possibility of exit arising every five years for one party — i.e., a fixed term of *forever* — or as indeterminate. I agree with Duval Hesler C.J., dissenting (2015 QCCA 1427), that the appropriate characterization is the latter, and this permits the parties to resiliate the contract on

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Côté et Rowe rendus par

[107] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — Les enjeux soulevés dans le présent appel se résument à deux questions : le juge de première instance a-t-il commis une erreur en refusant d'interpréter le contrat en cause? Puis, même s'il n'a pas commis une telle erreur, a-t-il eu tort de ne pas qualifier la convention de contrat à durée indéterminée, même si, suivant sa lecture de cette convention, elle lie l'appelante potentiellement à perpétuité? Je répondrais à ces deux questions par l'affirmative.

[108] En ce qui a trait à la première question, le juge de première instance a conclu que la clause 10 du contrat d'affiliation est claire et n'a pas besoin d'être interprétée : 2013 QCCS 6251. À mon avis, il a eu tort. Une lecture du contrat dans son intégralité révèle des ambiguïtés qui auraient dû le mener à interpréter la commune intention des parties comme le prescrit l'art. 1425 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. » ou « Code »), plutôt qu'à trancher l'affaire à la première étape du processus d'interprétation.

[109] Cependant, même si la conclusion du juge de première instance sur le premier point pouvait être maintenue, le fait qu'il n'ait pas correctement qualifié le terme du contrat ne peut résister à un examen en appel. Selon sa lecture de la convention, les parties auraient voulu que leur entente ait l'effet juridique de lier l'appelante potentiellement à perpétuité, mais les intimées pour une période de seulement cinq ans. Sur ce fondement, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont qualifié la convention de contrat à durée déterminée de cinq ans, même si elle lie l'appelante potentiellement à perpétuité. Ils ont conclu ainsi, en dépit du fait que, eu égard à l'appelante, le prétendu terme de cinq ans du contrat ne constitue aucunement un terme extinctif. À mon avis, cette conclusion est entachée d'une erreur de droit. Compte tenu de la lecture qu'en a faite le juge du procès, la durée du contrat peut être qualifiée soit de durée déterminée à perpétuité avec la possibilité unilatérale d'y mettre fin chaque cinq ans pour une partie — c'est-à-dire à durée déterminée *pour toujours* — soit de durée

reasonable notice. A perpetual term should not be inferred in the absence of the parties' explicitly stated desire to that effect.

[110] I would accordingly allow the appeal and declare that the contract of affiliation is terminated as of the date of this Court's decision.

A. *The Question of Fact: Interpreting Clause 10 of the Contract*

(1) The Interpretive Framework

[111] As my colleagues explain, this appeal arises out of a dispute concerning the meaning of a renewal clause in a contract of affiliation between the parties. It is therefore helpful to begin by reviewing the general framework governing contractual interpretation under Quebec law. This framework essentially consists of two steps.

[112] First, the trial judge must apply the "clear act rule" (*règle de l'acte clair*). To do so, the trial judge must examine the wording of the contract. If the wording is clear, that ends the analysis — a contract without ambiguity is to be applied, not interpreted (*Samen Investments Inc. v. Monit Management Ltd.*, 2014 QCCA 826, at paras. 45-48 (CanLII)).

[113] For an interpretation to be necessary, the contract must contain an ambiguity (*Bisignano v. Système électronique Rayco ltée*, 2014 QCCA 292, at para. 11 (CanLII)). An ambiguity is present where the contract's wording would raise a doubt as to its meaning in the mind of a reasonable person (F. Gendron, *L'interprétation des contrats* (2nd ed. 2016), at p. 27). The mere fact that the parties tender competing interpretations of a clause does not, by itself, give rise to an ambiguity (J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at No. 413). Instead, in determining whether an ambiguity exists, the trial judge engages in an analysis that is "superficial" in

indéterminée. Je suis d'accord avec la juge en chef Duval Hesler, dissidente (2015 QCCA 1427), pour dire que la deuxième qualification est la bonne et permet aux parties de résilier le contrat moyennant un préavis raisonnable. Un terme perpétuel ne devrait pas être présumé, à moins que les parties aient expressément indiqué leur intention à cet égard.

[110] Je serais donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer que le contrat d'affiliation prend fin à la date de la décision de la Cour.

A. *La question de fait : l'interprétation de la clause 10 du contrat*

(1) Le cadre d'interprétation

[111] Comme mes collègues l'ont expliqué, le présent pourvoi découle d'un litige quant au sens d'une clause de renouvellement stipulée dans un contrat d'affiliation conclu entre les parties. Il est donc utile de commencer par l'examen du cadre général régissant l'interprétation des contrats en droit québécois. Ce cadre comporte essentiellement deux étapes.

[112] D'abord, le juge de première instance doit appliquer la « règle de l'acte clair ». Pour ce faire, il examine le libellé du contrat. Si celui-ci est clair, l'analyse s'arrête là — un contrat sans ambiguïté doit être appliqué, et non interprété : *Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd.*, 2014 QCCA 826, par. 45-48 (CanLII).

[113] C'est uniquement lorsque le contrat présente une ambiguïté qu'il est nécessaire de l'interpréter : *Bisignano c. Système électronique Rayco ltée*, 2014 QCCA 292, par. 11 (CanLII); et il y a une ambiguïté lorsque le libellé du contrat soulève un doute quant à son sens dans l'esprit d'une personne raisonnable : F. Gendron, *L'interprétation des contrats* (2<sup>e</sup> éd. 2016), p. 27. Le simple fait que les parties proposent deux interprétations divergentes d'une clause ne signifie pas, en soi, qu'elle est ambiguë : J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7<sup>e</sup> éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, n<sup>o</sup> 413. Pour déterminer s'il y a ou non une telle ambiguïté, le juge de première instance procède plutôt à



the sense that the primary focus is on the wording of the contract. Recourse to arts. 1425 to 1432 *C.C.Q.* (“Interpretation of contracts”) at the first stage of the analysis is accordingly an error in principle (D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at No. 1571; Baudouin and Jobin, at No. 413; J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), by J. Pineau and S. Gaudet, at pp. 399-400; see also *Turenne v. Banque Nationale du Canada*, [1983] J.Q. n° 354 (QL) (C.A.), at para. 26).

[114] Therefore, at the first step of the analysis, the relevant context lies primarily within the four corners of the contract (Baudouin and Jobin, at No. 413). If something within those four corners gives rise to a doubt as to the meaning of the contract’s terms, then it is necessary to interpret the contract by proceeding to the second step of the analysis (see, e.g., *J.V. v. Cie d’assurance-vie Croix Bleue*, 2013 QCCA 1686, at para. 17 (CanLII)).

[115] The second step requires the trial judge to ascertain the intention of the parties. Like its predecessor provision, art. 1013 of the *Civil Code of Lower Canada*, art. 1425 *C.C.Q.* provides the cardinal principle of interpretation:

**1013.** When the meaning of the parties in a contract is doubtful, their common intention must be determined by interpretation rather than by an adherence to the literal meaning of the words of the contract.

**1425.** The common intention of the parties rather than adherence to the literal meaning of the words shall be sought in interpreting a contract.

[116] Unlike the common law, art. 1425 requires the interpreter to give the parties’ common intention precedence over the wording of the contract. Article 1425’s interpretive starting point “is thus the reverse from that of the common law, according to which one must seek the objective meaning of the words used in contracts in the context . . . in which they are used” (S. Grammond, A.-F. Debruche and Y. Campagnolo, *Quebec Contract Law* (2011), at para. 284 (emphasis added); regarding the common law approach, see *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at

une analyse « superficielle », dans le sens où il se concentre principalement sur le texte du contrat. Recourir aux art. 1425 à 1432 *C.c.Q.* (« De l’interprétation du contrat ») dès la première étape de l’analyse constitue donc une erreur sur le plan des principes : D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (2<sup>e</sup> éd. 2012), n° 1571; Baudouin et Jobin, n° 413; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4<sup>e</sup> éd. 2001), par J. Pineau et S. Gaudet, p. 399-400; voir également *Turenne c. Banque Nationale du Canada*, [1983] J.Q. n° 354 (QL) (C.A.), par. 26.

[114] En conséquence, à la première étape de l’analyse, le contexte pertinent se trouve principalement à l’intérieur même du contrat : Baudouin et Jobin, par. 413. S’il existe un doute quant au sens de son libellé, il faut alors interpréter le contrat en procédant à la deuxième étape de l’analyse : voir, p. ex., *J.V. c. Cie d’assurance-vie Croix Bleue*, 2013 QCCA 1686, par. 17 (CanLII).

[115] À la deuxième étape, le juge de première instance doit cerner l’intention des parties. Comme son ancêtre, l’art. 1013 du *Code civil du Bas-Canada*, l’art. 1425 *C.c.Q.* énonce le principe cardinal de l’interprétation :

**1013.** Lorsque la commune intention des parties dans un contrat est douteuse, elle doit être déterminée par interprétation plutôt que par le sens littéral des termes du contrat.

**1425.** Dans l’interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s’arrêter au sens littéral des termes utilisés.

[116] Contrairement aux règles de la common law, l’art. 1425 exige que la personne qui interprète un contrat privilégie l’intention commune des parties plutôt que le libellé de la convention. Le point de départ du principe d’interprétation énoncé à l’art. 1425 [TRANSLATION] « est donc l’opposé de celui de la common law, selon lequel on doit rechercher le sens objectif des mots utilisés dans les contrats, dans le contexte [. . .] où ils sont utilisés » : S. Grammond, A.-F. Debruche et Y. Campagnolo, *Quebec Contract Law* (2011), par. 284 (je souligne); concernant l’approche en common law, voir *Sattva Capital Corp.*

paras. 57-58). In ascertaining the parties' common intention, the trial judge is guided by the interpretive rules laid out in arts. 1425 to 1432 ("Interpretation of contracts") and 1434 to 1439 ("Binding force and content of contracts") of the *C.C.Q.* At this stage, both the wording of the contract itself and extrinsic evidence relating to, for example, the surrounding circumstances, preparatory documents, negotiations, usage and the parties' common intention and conduct may be considered. The approach at the second stage of interpretation is therefore highly contextual (Baudouin and Jobin, at Nos. 416 and 418-19).

[117] It follows from the two-step logic of the above framework that proceeding to interpret a contract in the absence of an ambiguity constitutes a reversible error (*Gregory v. Château Drummond inc.*, 2012 QCCA 601, at paras. 55-61 (CanLII); *Pépin v. Pépin*, 2012 QCCA 1661, at para. 91 (CanLII)). The rule that an ambiguity is a prerequisite to interpretation long predates the introduction of the *C.C.Q.* (see *Alexis Nihon Cie v. Dupuis*, [1960] S.C.R. 53, at pp. 58-59 ([TRANSLATION] "When the words of a contract are clear and unambiguous, no testimonial evidence may be admitted to interpret the document"); *Turenne*, at para. 26 ([TRANSLATION] "The rules of interpretation in the Civil Code must be used only if there is a doubt as to the meaning to be given to a contract. Recourse should not be had to those rules if the contract's wording or the clause in issue is clear"); *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029, at p. 1044 ("where the contract is unambiguous, and its meaning clear, there is no occasion for construction"))).

[118] Therefore, against the backdrop of this two-step framework, I turn to the question of whether clause 10 of the contract is ambiguous.

## (2) The Clause at Issue

[119] The dispute at hand centres on the meaning of clause 10 of the contract:

*c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, par. 57-58. Lorsqu'il recherche quelle est l'intention commune des parties, le juge de première instance est guidé par les règles d'interprétation énoncées aux art. 1425 à 1432 (« De l'interprétation du contrat ») et 1434 à 1439 (« De la force obligatoire et du contenu du contrat ») du *C.c.Q.* À cette étape, tant le libellé du contrat lui-même que les éléments de preuve extrinsèques relatifs, par exemple, aux circonstances, aux documents préparatoires, aux négociations, aux usages ainsi qu'à l'intention subjective et au comportement des parties peuvent être pris en compte. L'approche à adopter lors de la deuxième étape de l'interprétation est donc hautement contextuelle : Baudouin et Jobin, n<sup>os</sup> 416, 418-419.

[117] Il découle de la logique en deux étapes du cadre décrit précédemment qu'interpréter un contrat en l'absence d'ambiguïté constitue une erreur donnant lieu à révision : *Gregory c. Château Drummond inc.*, 2012 QCCA 601, par. 55-61 (CanLII); *Pépin c. Pépin*, 2012 QCCA 1661, par. 91 (CanLII). La règle voulant que l'ambiguïté soit un prérequis à l'interprétation est bien antérieure à l'adoption du *C.c.Q.* : voir *Alexis Nihon Cie c. Dupuis*, [1960] R.C.S. 53, p. 58-59 (« Quand les termes d'un contrat sont clairs et non ambigus, aucune preuve testimoniale ne peut être reçue pour interpréter le document »); *Turenne*, par. 26 (« Les règles d'interprétation du Code civil ne doivent être utilisées que s'il y a un doute dans le sens à donner à un contrat. Il n'y a pas lieu de recourir à ces règles lorsque le texte du contrat ou la clause litigieuse est clair »); *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, p. 1044 (« lorsque le contrat n'est pas ambigu et que son sens est clair, il n'y a pas de motif à interprétation »).

[118] Par conséquent, avec en toile de fond ce cadre en deux étapes, j'aborde maintenant la question de savoir si la clause 10 du contrat est ambiguë.

## (2) La clause en litige

[119] Le litige en l'espèce tourne autour du sens de la clause 10 du contrat :

[TRANSLATION]

10. TERM:

Regardless of any written or verbal provisions to the contrary, this agreement shall commence on the day of its signing and shall remain in effect for a period of sixty (60) months, or for a period equal to the term of the lease for the premises where the pharmacy is located. THE MEMBER shall, six (6) months before the expiration of the agreement, notify THE COMPANY of its intention to leave THE COMPANY or to renew the agreement;

Should THE MEMBER fail to send the prescribed notice by registered mail, the agreement shall be deemed to have been renewed . . .

(A.R., vol. VII, at p. 26)

[120] The appellant — the company — argues that this clause requires the respondents to give notice of their intent to renew or not to renew the contract. In its view, this notice requirement is stipulated for its benefit and does not prevent it from refusing to accept the renewal of the contract. The respondents — the member — prevailed in both courts below and stand firm on the words “shall be deemed to have been renewed”. They argue that unless they give notice of non-renewal, these words create an absolute presumption of renewal. In other words, they say that clause 10 binds the appellant perpetually, subject only to their discretion. On this view, only the respondents may decide, six months prior to the expiration of each period, whether or not to renew the contract.

[121] The trial judge found that clause 10 is unambiguous:

[TRANSLATION] Having studied this clause from every angle, the Court concludes that it is clear and unambiguous. In such a case, the Court’s task is not to interpret the clause but to apply it. Moreover, in this case, it is neither necessary nor helpful to refer to the extrinsic evidence adduced by the parties. [Citation omitted; para. 30 (CanLII).]

10. DURÉE :

Nonobstant toutes dispositions écrites ou verbales contraires, la présente convention débutera le jour de sa signature et demeurera en vigueur pour une période de soixante (60) mois ou pour une période égale à la durée du bail du local où est située la pharmacie. LE MEMBRE devra, six (6) mois avant l’expiration de la convention, faire signifier à LA COMPAGNIE son intention de quitter LA COMPAGNIE ou de renouveler la convention;

À défaut par LE MEMBRE d’envoyer l’avis prescrit par poste recommandée, la convention sera réputée renouvelée . . .

(d.a., vol. VII, p. 26)

[120] L’appelante — la compagnie — soutient que cette clause exige des intimées qu’elles donnent un préavis de leur intention de renouveler ou non le contrat. Selon elle, cette exigence est stipulée à son bénéfice, et ne l’empêche pas de refuser le renouvellement du contrat. Les intimées — le membre — ont eu gain de cause devant les deux juridictions inférieures en s’appuyant fermement sur l’expression « sera réputée renouvelée ». Elles font valoir que, à moins qu’elles ne donnent un avis de non-renouvellement, ces mots créent une présomption absolue de renouvellement. Autrement dit, elles soutiennent que la clause 10 lie l’appelante à perpétuité, sous réserve uniquement de leur décision unilatérale qu’il en soit autrement. Dans cette optique, seules les intimées peuvent décider, six mois avant l’expiration de chaque période de cinq ans, si le contrat est renouvelé ou non.

[121] En première instance, le juge a conclu que la clause 10 n’était pas ambiguë :

Après avoir examiné cette clause sous tous ses angles, le Tribunal conclut qu’elle est claire et sans ambiguïté. Dans un tel cas, la tâche du Tribunal n’est pas d’interpréter cette clause, mais de l’appliquer. En outre, dans ce cas, il n’est ni nécessaire ni utile de référer à la preuve extrinsèque faite par les parties. [Référence omise; par. 30 (CanLII).]

[122] Accordingly, the trial judge did not go on to interpret the contract. He concluded that clause 10 conferred on the member [TRANSLATION] “the right to renew the contract as it saw fit every five years” (para. 40). Therefore, he held that the appellant could not oppose the renewal (para. 45).

[123] The trial judge’s conclusion that the contract is clear and need not be interpreted is reviewable only for palpable and overriding error (*Centre de santé et de services sociaux de l’Énergie v. Société immobilière Lemieux inc.*, 2011 QCCA 972, at para. 5 (CanLII)). The majority of the Court of Appeal held that the trial judge’s finding at the first stage of the analysis did not constitute such an error (para. 56 (CanLII)). With respect, I disagree.

[124] First, it is not clear from its wording that clause 10 is stipulated uniquely in favour of the respondents. Clause 10’s plain wording creates a notice obligation on the part of the respondents: [TRANSLATION] “THE MEMBER shall . . .” The corollary of that obligation is the appellant’s right to receive notice: “. . . notify THE COMPANY of its intention to leave THE COMPANY or to renew the agreement” (emphasis added). From a textual perspective, it is therefore clear that the appellant is the beneficiary of the notice obligation. Nothing about the wording of the clause, however, clarifies that the presumption of renewal in paragraph two of the clause is stipulated in favour of one party or the other. The fact that the presumption is triggered only if the respondents default on their notice obligation suggests that it exists to protect the appellant’s settled expectations in the absence of any notice to the contrary, not to bind the appellant perpetually.

[125] Second, reference to other portions of the contract does nothing to resolve the ambiguity. The respondents emphasize that the appellant was created [TRANSLATION] “for the benefit of owner pharmacists” (clause 1). But this does not imply that any particular clause of the contract is stipulated in the respondents’ favour. Indeed, the provisions relating to termination damages (clause 11), indemnification (clause 12), punitive damages (clause 13) and

[122] Le juge de première instance n’a donc pas interprété le contrat. Il a conclu que la clause 10 conférait au membre « le droit de renouveler la convention à son gré, tous les cinq ans » : par. 40. Par conséquent, il a statué que l’appelante ne pouvait pas s’opposer au renouvellement : par. 45.

[123] La conclusion du juge de première instance portant que le contrat est clair et n’a pas besoin d’être interprété est susceptible de révision seulement en cas d’erreur manifeste et déterminante : *Centre de santé et de services sociaux de l’Énergie c. Société immobilière Lemieux inc.*, 2011 QCCA 972, par. 5 (CanLII). Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont statué que la conclusion du juge de première instance à la première étape de l’analyse ne constituait pas une telle erreur : par. 56 (CanLII). Avec égards pour l’opinion contraire, je ne suis pas d’accord.

[124] Premièrement, il ne ressort pas clairement du libellé de la clause 10 que celle-ci est stipulée uniquement en faveur des intimées. Le sens ordinaire de cette clause impose aux intimées l’obligation de donner un avis : « LE MEMBRE devra . . . ». Cette obligation a pour corollaire que l’appelante a le droit de recevoir un avis : « . . . faire signifier à LA COMPAGNIE son intention de quitter LA COMPAGNIE ou de renouveler la convention » (je souligne). Selon le libellé de cette clause, il est donc évident que l’appelante est la bénéficiaire de l’obligation de donner l’avis. Cependant, rien dans le libellé de la clause ne précise que la présomption de renouvellement qui y est énoncée au deuxième paragraphe est stipulée en faveur d’une partie ou de l’autre. Le fait que la présomption ne s’applique que si les intimées font défaut à leur obligation de donner l’avis prescrit suggère qu’elle existe pour protéger les attentes légitimes de l’appelante en l’absence de tout avis à l’effet contraire, et non pour la lier à perpétuité.

[125] Deuxièmement, le renvoi à d’autres parties du contrat ne résout en rien cette ambiguïté. Les intimées soulignent que l’appelante a été créée « pour le bénéfice de pharmaciens-propriétaires » (clause 1). Cela ne veut toutefois pas dire que quelque clause du contrat ait été stipulée en faveur des intimées. En fait, les dispositions relatives aux dommages en cas de terminaison (clause 11), à l’indemnisation (clause 12), aux dommages-intérêts punitifs

other liquidated damages upon termination of the contract (clause 15) are all clearly stipulated against the respondents. Further, while the contract clearly contemplates the possibility of rescission and expiration in clause 11 and elsewhere, it is silent as to rescission rights *per se*, apart from the reference to the member's duty to give notice of the member's intent to leave the company or to renew the contract in clause 10.

[126] Third, the ambiguity is magnified by the interaction between the express term of 60 months and the renewal provision. The presence of an express 60-month contractual term typically denotes the termination of obligations for both parties on expiry of the term. But when read in light of the renewal provision, the term apparently functions asymmetrically to bind the appellant, though not the respondents, in potential perpetuity. The term's plain meaning therefore would not apply to the appellant, since its obligations never terminate. In this scenario, the Court of Appeal's logic in *Cogefimo inc. v. Société Coinamatic inc.*, [1998] R.D.I. 193, is apposite:

[TRANSLATION] Thus, there can be no term, in the true sense of the word, if renewal is automatic, and renewal cannot be obligatory in the sense of the French word "*automatique*" where there is a term, that is, the expiry or extinction of the right.

In my view, and with all due respect for the trial judge, this apparently contradictory combination of words justifies the application of the rules of interpretation . . . [p. 196]

[127] On this basis, the Court of Appeal held that the trial judge had erred in finding that the clause in question is clear, and that he should have gone on to interpret it. It is obvious that the coexistence of a term and a renewal clause does not always, or in itself, lead to an ambiguity. However, the renewal clause here conflicts with, and colours the stipulated term so as to distort its ordinary meaning by rendering it effective for only one of the parties. This adds to clause 10's ambiguity.

(clause 13) et aux autres dommages-intérêts liquidés à la fin du contrat (clause 15) sont toutes clairement formulées contre les intimées. De plus, même si le contrat prévoit clairement la possibilité de résiliation et de fin du contrat à la clause 11 et ailleurs, il ne prévoit rien concernant les droits de résiliation en tant que tels, sauf la mention à la clause 10 de l'obligation du membre de donner un avis de son intention de quitter la compagnie ou de renouveler le contrat.

[126] Troisièmement, l'ambiguïté est amplifiée par l'interaction entre la stipulation expresse d'un terme de 60 mois et la clause de renouvellement. La présence d'une clause contractuelle qui prévoit expressément un terme de 60 mois signifie habituellement que les obligations des deux parties prendront fin à l'expiration de ce terme. Or, lorsqu'on la lit à la lumière de la disposition portant sur le renouvellement, la clause semble fonctionner de façon asymétrique en liant l'appelante, mais non les intimées, potentiellement à perpétuité. Le sens ordinaire du libellé de la clause ne s'appliquerait donc pas à l'appelante, puisque ses obligations ne prennent jamais fin. Dans un tel scénario, la logique de la Cour d'appel dans *Cogefimo inc. c. Société Coinamatic inc.*, [1998] R.D.I. 193, est pertinente :

Ainsi, il ne saurait y avoir de terme, au sens propre du mot, s'il y a un renouvellement automatique et le renouvellement ne saurait être automatique, au sens français de ce mot, s'il y a un terme, c'est-à-dire expiration ou extinction du droit.

Cette jonction apparemment contradictoire des termes justifie, à mon avis, et ceci dit avec égards pour le premier juge, l'application des règles d'interprétation . . . [p. 196]

[127] Pour cette raison, la Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en statuant que la clause en question était claire, et donc qu'il aurait dû l'interpréter. Il est évident que la coexistence d'un terme et d'une clause de renouvellement ne donne pas toujours lieu, en soi, à une ambiguïté. Cependant, la clause de renouvellement en l'espèce contredit et colore le terme stipulé de façon à en déformer le sens ordinaire en lui donnant effet seulement pour une des parties. Cela ajoute à l'ambiguïté de la clause 10.

[128] Fourth, when the respondents’ tendered interpretation — that the appellant is bound forever solely at the respondents’ discretion — is considered in the context of the agreement’s other clauses, the unreasonable result produced suggests an inquiry into whether the parties intended to be so bound. Clause 1 provides that the appellant exists for the benefit of its *members* — plural — not for the benefit of any individual member. The potential for the interests of a particular member to conflict with those of the collective raises a question as to whether the parties intended that the appellant be forever beholden to any individual member.

[129] Finally, the extent to which the renewal is “automatic” is itself an open question. For example, the renewal clause does not state that “this contract shall be renewed automatically unless THE MEMBER gives notice to the contrary”. Rather, renewal depends on the member clearly providing notice of the member’s intent to leave or to stay, and a consequence is imposed for defaulting on that obligation: [TRANSLATION] “Should THE MEMBER fail to send the prescribed notice by registered mail, the agreement shall be deemed to have been renewed . . . .” This wording makes the renewal contingent, not automatic. Clause 10 requires the respondents to provide notice of whether they will leave or stay. The renewal clause kicks in only if they fail to do so.

[130] This constellation of considerations should have led the trial judge to proceed to the second stage of the analysis and interpret the contract. Instead, he found that an interpretation was unnecessary. He therefore refused to consider evidence going to the parties’ common intention (para. 30). As Morissette J.A. put it, a palpable and overriding error is [TRANSLATION] “in the nature not of a needle in a haystack, but of a beam in the eye” (*J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167, at para. 77 (CanLII)). In my view, the trial judge’s finding that he need not interpret the contract constitutes such an error.

[128] Quatrièmement, lorsque l’interprétation présentée par les intimées — selon laquelle l’appelante est liée à perpétuité à leur seule discrétion — est placée dans le contexte des autres stipulations de la convention, le résultat déraisonnable qui en découle justifie un examen pour savoir si les parties avaient l’intention d’être liées de cette façon. La clause 1 prévoit que l’appelante existe au bénéfice de ses *membres* (au pluriel), et non au bénéfice d’un membre individuel. La possibilité que les intérêts d’un membre précis soient en conflit avec ceux du groupe soulève la question de savoir si les parties avaient l’intention que l’appelante soit toujours redevable envers chaque membre individuel.

[129] En dernier lieu, la mesure dans laquelle le renouvellement est « automatique » est une question qui demeure entière. Par exemple, la clause de renouvellement ne stipule pas que « ce contrat sera renouvelé automatiquement, à moins d’avis contraire du MEMBRE ». Le renouvellement dépend plutôt de l’avis clair fourni par le membre quant à son intention de mettre fin à l’entente ou de la renouveler, et, en cas de défaut quant à cette obligation, une conséquence s’ensuit : « À défaut par LE MEMBRE d’envoyer l’avis prescrit par poste recommandée, la convention sera réputée renouvelée . . . » Cette formulation rend le renouvellement conditionnel, et non automatique. La clause 10 exige que les intimées donnent un avis de leur intention de mettre fin à l’entente ou de la renouveler. La clause de renouvellement ne s’applique que si elles ne le font pas.

[130] Cet ensemble de facteurs aurait dû mener le juge de première instance à passer à la deuxième étape de l’analyse et à interpréter le contrat. Il a plutôt conclu qu’une interprétation n’était pas nécessaire. Il a donc refusé d’examiner la preuve relative à l’intention commune des parties : par. 30. Comme l’a expliqué le juge Morissette de la Cour d’appel, une erreur manifeste et dominante « tient, non pas de l’aiguille dans une botte de foin, mais de la poutre dans l’œil » : *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167, par. 77 (CanLII). À mon avis, la décision du juge de première instance selon laquelle il n’était pas tenu d’interpréter le contrat constitue une telle erreur.

[131] This brings me to my colleagues' approach. According to them, the trial judge did not err at the first stage of the analysis when he determined that the contract did not require interpretation. Nonetheless, my colleagues go on to reason that the resolution of this appeal hinges on interpretation of the contract at the second stage of the analysis (paras. 33 and 52). In support of their approach, they endorse academic criticism of the clear act rule to the effect that even clear acts should be interpreted (para. 52, citing Gendron, at p. 36). By proceeding to the second stage of inquiry, my colleagues engage in an exercise, in their words, involving "the consideration of a multitude of facts" (para. 41). In doing so, they survey the law that supplements the parties' intention, the context of the parties' relationship, and the conduct of the parties. But the trial judge did not go that far. Having concluded that the contract was clear, the trial judge determined it was unnecessary to make findings concerning the factual matrix. If his conclusion on the first point was right, then reference to the contract's surrounding context would be unnecessary.

[132] Further, in my respectful view, nothing about my colleagues' inquiry into that context at paras. 53-54 of their reasons resolves the ambiguity in favour of the respondents. First, as explained above, the fact that the appellant exists for the benefit of all of its *members* (clause 1) suggests that it would not bind itself in perpetuity to *any single member* in the event that member's interests conflicted with those of the collective. Indeed, the appellant here sought to move the pharmacy to a new location in order to protect its brand and market share, to the benefit of all of its members. This conflicted with the respondents' personal interest, and thus gave rise to the dispute.

[133] Second, the fact that the contract was renewed in two earlier instances with the appellant's tacit *approval* says nothing about whether or not the appellant may *oppose* renewal. Rather, this fact is equally consistent with the interpretation that the

[131] Ceci m'amène à l'approche adoptée par mes collègues. Selon eux, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur à la première étape de l'analyse lorsqu'il a établi que le contrat n'avait pas à être interprété. Ils soutiennent néanmoins que l'issue du présent pourvoi dépend de l'interprétation du contrat à la deuxième étape de l'analyse : par. 33 et 52. À l'appui de leur opinion, ils souscrivent à des critiques d'auteurs concernant la règle de l'acte clair selon lesquelles même les actes clairs devraient être interprétés : par. 52, citant Gendron, p. 36. En procédant à la deuxième étape de l'analyse, mes collègues entreprennent une démarche qui suppose, pour reprendre leurs propos, « l'examen d'une multitude d'éléments factuels » : par. 41. Ce faisant, ils examinent le droit applicable à la recherche de l'intention des parties, le contexte de leur relation et leur conduite. Mais le juge de première instance n'est pas allé aussi loin. Ayant conclu que le contrat était clair, il a estimé qu'il était inutile de tirer des conclusions quant au contexte factuel entourant le contrat. S'il a eu raison de conclure comme il l'a fait quant au premier élément, il est inutile de faire référence au contexte factuel entourant le contrat.

[132] Qui plus est, avec égards pour l'opinion contraire, rien dans l'examen que font mes collègues du contexte en question aux par. 53-54 de leurs motifs ne résout l'ambiguïté en faveur des intimées. Premièrement, comme je l'ai expliqué précédemment, le fait que l'appelante existe pour le bénéfice de tous ses *membres* (clause 1) suggère qu'elle ne se lierait pas à perpétuité envers *un seul membre* si les intérêts de ce dernier entraient en conflit avec ceux du groupe. D'ailleurs, dans la présente affaire, l'appelante souhaitait déménager la pharmacie à un nouvel endroit de manière à protéger sa marque et ses parts de marché, et ce, au bénéfice de tous ses membres. Cela n'était pas compatible avec les intérêts personnels des intimées, et a donc donné lieu au litige.

[133] Deuxièmement, le fait que le contrat ait antérieurement été renouvelé à deux reprises avec l'*approbation* tacite de l'appelante ne dit rien quant à la possibilité ou non pour elle de *s'opposer* au renouvellement. Une telle situation est tout aussi

presumption of renewal kicks in *for the appellant's benefit* only if the respondents default on their notice obligation. In my view, then, my colleagues' interpretation of the contract just underscores the internal textual conflicts which make it ambiguous.

[134] With respect, my colleagues' progression to the second stage of the inquiry and their endorsement of the respondents' submissions concerning the contract's factual matrix belie the conclusion that the contract need not be interpreted. If it is necessary to seek out the parties' common intention, as my colleagues do, then clause 10 is ambiguous, and the trial judge erred in holding otherwise.

[135] However, the trial judge's error on the first point does not require this Court to intervene on the facts. Even if we assume, on the first issue, that the trial judge's reading of clause 10 was correct — i.e., that the contract is automatically renewable subject only to the respondents' opposition — the contract should be characterized as an indeterminate one and the appeal should be allowed on this basis. As I explain below, and contrary to my colleagues, I am of the view that the second issue on appeal — the proper characterization of the contract's term — raises an extricable question of law that is determinative of this appeal.

B. *The Question of Law: Characterizing the Term of the Contract*

[136] The thrust of the appellant's position is that if the entirety of the contract — and not merely one of the obligations created by it — has a five-year term, then both parties are subject to that term. In other words, the appellant argues that, as a matter of law, the contract's term cannot be a hybrid one that binds the respondents for five years but the

compatible avec l'interprétation selon laquelle la présomption de renouvellement opère *en faveur de l'appelante* seulement si les intimées ne se conforment pas à leur obligation d'envoyer un avis. Selon moi, l'interprétation que font mes collègues du contrat ne fait que souligner les incohérences internes de son libellé qui le rendent ambigu.

[134] Avec égards pour l'opinion contraire, le fait que mes collègues procèdent à la deuxième étape de l'analyse et qu'ils souscrivent aux observations des intimées au sujet du contexte factuel entourant le contrat contredit la conclusion voulant que ce dernier n'ait pas besoin d'être interprété. S'il est nécessaire de chercher à connaître l'intention commune des parties, comme le font mes collègues, c'est que la clause 10 est ambiguë, et que le juge de première instance a commis une erreur en concluant autrement.

[135] Toutefois, l'erreur commise par le juge de première instance quant au premier élément ne requiert pas l'intervention de la Cour relativement aux faits. Même si on tient pour acquis, quant à la première question, que sa lecture de la clause 10 — c.-à-d. que le contrat est automatiquement renouvelé sauf si les intimées s'y opposent — est correcte, le contrat devrait être qualifié de contrat à durée indéterminée et l'appel accueilli sur ce fondement. Comme je l'explique plus loin, et contrairement à mes collègues, j'estime que la deuxième question soulevée par le présent pourvoi — soit celle relative à la qualification appropriée du terme du contrat — soulève une question de droit distincte qui est déterminante pour l'issue du présent pourvoi.

B. *La question de droit : la qualification de la durée du contrat*

[136] L'appelante soutient essentiellement que si l'ensemble du contrat — et pas seulement une des obligations qu'il crée — est d'une durée de cinq ans, les deux parties devraient être assujetties à ce terme. Autrement dit, l'appelante fait valoir que, en droit, la durée du contrat ne peut être hybride, de sorte qu'elle lie les intimées pour cinq ans et l'appelante



appellant forever.<sup>2</sup> This raises a question that has not been considered by this Court: Can a contract properly be characterized as having a fixed term of five years where that term does not apply to one of the parties who is potentially bound in perpetuity?

[137] As I explain below, that question should be answered in the negative, and the contract of affiliation should be characterized as one for an indeterminate term. While the trial judge did not explicitly characterize the term of the contract, he implicitly held that the contract could potentially bind the appellant in perpetuity. The majority of the Court of Appeal held that the contract had a fixed term of five years, but that it nonetheless bound the appellant in potential perpetuity (para. 57). In dissent, Duval Hesler C.J. held that the contract is properly characterized as one for an indeterminate term (para. 20). In my view, she was right.

(1) Characterization as a Legal Concept

[138] Before characterizing the term of the contract of affiliation, it is helpful to review the concept of characterization generally.

[139] The characterization of a contract determines the juridical category into which it falls and the legal consequences attaching to it as a result (Lluelles and Moore, at No. 1729). Depending on how it is characterized, a contract may contain obligations implied at law or be subject to special rules of interpretation. Although the characterization and interpretation of a contract are discrete tasks that should not be confused, the two may sometimes resemble one another (Baudouin and Jobin, at No. 56). There is, however, a crucial difference between interpretation and characterization. Unlike the interpretive exercise, where the trial judge seeks out the parties' common intention, the trial judge is not

<sup>2</sup> See, e.g., A.F., at p. 11, stating the second issue on appeal: [TRANSLATION] "Did the Court of Appeal err in creating a perpetual obligation for a fixed term?" See also A.F., at para. 51: "... the Court of Appeal created a legal incongruity in accepting that the Contract of Affiliation was at once for a fixed term and perpetual."

à perpétuité<sup>2</sup>. Cela soulève une question sur laquelle la Cour ne s'est pas penchée : un contrat peut-il être considéré à juste titre comme un contrat à durée déterminée de cinq ans lorsque son terme ne s'applique pas à une des parties qui est liée potentiellement à perpétuité?

[137] Comme je l'explique plus loin, on doit répondre à cette question par la négative, et le contrat d'affiliation doit être qualifié de contrat à durée indéterminée. Bien que le juge de première instance n'ait pas expressément qualifié la durée du contrat, il a implicitement conclu que ce dernier pouvait lier l'appelante potentiellement à perpétuité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que la convention était un contrat à durée déterminée de cinq ans, mais qu'il liait néanmoins l'appelante potentiellement à perpétuité : par. 57. Dans ses motifs dissidents, la juge en chef Duval Hesler a conclu que le contrat devait être qualifié de contrat à durée indéterminée : par. 20. À mon avis, elle avait raison.

(1) Le concept juridique de la qualification

[138] Avant de qualifier la durée du contrat d'affiliation, il est utile d'examiner plus généralement le concept de qualification.

[139] La qualification d'un contrat détermine la catégorie juridique dont il relève, et, donc, les conséquences juridiques qui s'y rattachent : Lluelles et Moore, n° 1729. Dépendamment de sa qualification, un contrat peut contenir des obligations implicites en droit, ou peut faire l'objet de règles d'interprétation particulières. Même si la qualification et l'interprétation d'un contrat sont des démarches distinctes et ne devraient pas être confondues, elles peuvent parfois se ressembler : Baudouin et Jobin, n° 56. Il y a cependant une différence fondamentale entre l'interprétation et la qualification. Si, à l'étape de l'interprétation, le tribunal recherche l'intention commune des parties, à l'étape de la qualification, il n'est pas

<sup>2</sup> Voir, p. ex., m.a., p. 11, où est énoncée la deuxième question en litige en appel : « La Cour d'appel a-t-elle erré en créant l'obligation perpétuelle à durée déterminée? » Voir également m.a., par. 51 : « ... la Cour d'appel a créé une antinomie légale en acceptant que le Contrat d'affiliation soit à la fois à durée déterminée et perpétuelle. »

bound by the parties' ostensible, or even preferred, characterization:

[TRANSLATION] The process of characterizing a contract depends exclusively on the judge, who is not bound by the title the parties give their agreement, the language they use in its clauses or the contract form they use. “The judge will not confine himself or herself . . . to the ‘legal label’ attached by the parties to their contract, but will restore to it its correct characterization. The judge will therefore endeavour to ‘recharacterize’ the contract in order to apply the legal rules that actually govern it”. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(Lluelles and Moore, at No. 1735)

[140] Characterization is therefore an objective exercise which assigns legal consequences based on the effects sought by the parties, as ascertained through an examination of the terms of their agreement. In the majority of cases, the parties' common intention is irrelevant (P. Fréchette, “La qualification des contrats: aspects théoriques” (2010), 51 *C. de D.* 117, at p. 146). Parties accordingly have “limited influence on the characterization of their agreement” (*ibid.*, at p. 118). Instead, characterization is a question of law that is “left to the determination of the court” (*ibid.*; *Tétreault v. Gagnon*, [1962] S.C.R. 766; Gendron, at p. 17).

[141] Characterization also conveys a broader meaning insofar as it reflects the law of obligations' preference for reasoning from categories and then determining the legal consequences flowing from categorization. This approach is to be contrasted with that of the common law, which “shuns taxonomy as a point of principle, relying on *in concreto* facts rather than *in abstracto* categories as a starting point for legal reasoning” (N. Kasirer, “Pothier from A to Z”, in B. Moore, ed., *Mélanges Jean Pineau* (2003), 387, at p. 389).

[142] My colleagues adopt a different view. At para. 40 of their reasons, they state that Duval Hesler C.J. erred in characterizing the contract as indeterminate. In their view, such a characterization is impossible, since a term is a modality of a contract that is to be interpreted as a matter of fact, not

lié par celle que les parties ont donnée au contrat, ni même par celle que les parties préférèrent :

L'opération qui consiste à qualifier un contrat dépend exclusivement du juge. Ce dernier n'est pas lié par le titre que les parties donnent à leur convention ou par le vocabulaire qu'elles utilisent dans ses clauses, ni par le formulaire de contrat auquel elles recourent. En effet, « le juge ne s'arrêtera [. . .] pas à “l'étiquette juridique” apposée par les parties sur leur contrat. Il lui restituera son exacte qualification. Il s'attachera donc à le “requalifier” afin de lui appliquer son régime juridique réel ». [Je souligne; notes en bas de page omises.]

(Lluelles et Moore, n° 1735)

[140] La qualification constitue donc une démarche objective qui attribue des conséquences juridiques suivant les effets recherchés par les parties, tels qu'ils ressortent d'un examen du libellé de leur convention. Dans la plupart des cas, l'intention subjective des parties n'est pas pertinente : P. Fréchette, « La qualification des contrats : aspects théoriques » (2010), 51 *C. de D.* 117, p. 146. Les parties auront donc « peu d'influence sur la qualification qui sera ultérieurement donnée à leur contrat » : *ibid.*, p. 117. La qualification est plutôt une question de droit qui est « réservée au juge » : *ibid.*; *Tétreault c. Gagnon*, [1962] R.C.S. 766; Gendron, p. 17.

[141] La qualification évoque en outre une notion plus large dans la mesure où elle reflète la préférence du droit des obligations envers un raisonnement qui s'amorce par un classement par catégories, et qui se poursuit par la détermination des conséquences juridiques découlant de cette catégorisation. Cette approche doit être distinguée de celle de la common law qui [TRADUCTION] « évite la taxonomie par principe, et s'appuie sur des faits *concrets* plutôt que sur des catégories *abstraites* comme point de départ du raisonnement juridique » : N. Kasirer, « Pothier from A to Z », dans B. Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau* (2003), 387, p. 389.

[142] Mes collègues adoptent un point de vue différent. Au paragraphe 40 de leurs motifs, ils affirment que la juge en chef Duval Hesler a eu tort de qualifier la convention de contrat à durée indéterminée. À leur avis, il est impossible d'ainsi qualifier le contrat, parce qu'un terme est une

characterized as a matter of law (para. 39). As I understand it, my colleagues' position is that because clause 10 stipulates a five-year term *as a matter of fact*, the contract is necessarily for a five-year fixed term *as a matter of law*, notwithstanding that it is potentially perpetual for one of the parties. Thus, on their view, the question of whether [TRANSLATION] "the Court of Appeal created a legal incongruity in accepting that the Contract of Affiliation was at once for a fixed term and perpetual" (A.F., at para. 51) is not a question of law at all, since its resolution is dictated purely by fact.

[143] With respect, I would decline to adopt my colleagues' narrow approach to characterization. It conflicts with well-established doctrine providing that the determination of a contract's term is a matter of legal characterization (J. Azéma, *La durée des contrats successifs* (1969), at Nos. 113-33; see also the treatment of whether or not a contract has a fixed term as a matter of characterization in J. Mestre, "Obligations et contrats spéciaux: Obligations en général" (1993), 2 *R.T.D. civ.* 343, at p. 356; B. Starck, H. Roland and L. Boyer, *Droit civil: les obligations*, vol. 2, *Contrat* (6th ed. 1998), at para. 1308). Further, it is difficult to reconcile with the purpose of characterization, since it is concerned with the *legal effects* of the agreement, and, on the trial judge's reading, the intended *legal effect* of the renewal clause is to bind the appellant in potential perpetuity, not just for five years. Further still, as I explain below, it is at odds with the fact that the presence or absence of an extinctive term goes to the essential nature of contracts of successive performance.

[144] Nor do I share my colleagues' view that the resolution of the second issue depends on the facts. Given that, for the purposes of the following characterization analysis, I adopt the trial judge's reading of the contract, neither the intent of the parties nor the factual matrix surrounding the contract

modalité d'un contrat qui doit être interprétée sur le plan factuel et non pas qualifiée sur le plan du droit : par. 39. Tel que je comprends leur position, pour mes collègues, puisque la clause 10 stipule un terme de cinq ans *sur le plan des faits*, le contrat a nécessairement une durée déterminée de cinq ans *sur le plan du droit*, et ce, même s'il peut lier une des parties potentiellement à perpétuité. Ainsi, selon eux, la question de savoir si « la Cour d'appel a créé une antinomie légale en acceptant que le Contrat d'affiliation soit à la fois à durée déterminée et perpétuelle » (m.a., par. 51) n'est pas du tout une question de droit, puisque la résolution de cette question est dictée purement par les faits.

[143] Avec égards pour l'opinion contraire, je refuse d'adopter l'approche étroite de la qualification adoptée par mes collègues. Elle est contraire à la doctrine bien établie selon laquelle la détermination du terme d'un contrat est une question de qualification juridique : J. Azéma, *La durée des contrats successifs* (1969), n<sup>os</sup> 113-133; voir aussi le traitement de la question du caractère déterminé du terme comme une question de qualification dans J. Mestre, « Obligations et contrats spéciaux : Obligations en général » (1993), 2 *R.T.D. civ.* 343, p. 356; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil : les obligations*, t. 2, *Contrat* (6<sup>e</sup> éd. 1998), par. 1308. En outre, l'approche adoptée par mes collègues est difficile à concilier avec l'objet de la qualification. En effet, la qualification porte sur les *effets juridiques* de la convention; or, selon la lecture du juge de première instance, l'*effet juridique* recherché par la clause de renouvellement est de lier l'appelante potentiellement à perpétuité, et non pour seulement cinq ans. En outre, comme je l'explique, leur approche n'est pas compatible avec le fait que la présence ou l'absence d'un terme extinctif fait partie de l'essence même des contrats à exécution successive.

[144] Je ne partage pas non plus l'opinion de mes collègues selon laquelle la résolution de la deuxième question est tributaire des faits. Puisque, pour les fins de l'exercice de qualification qui suit, j'adopte la lecture qu'a faite le juge de première instance du contrat, ni l'intention des parties ni le

is relevant to its characterization. Indeed, the trial judge did not explicitly conduct the characterization exercise, and insofar as he did so implicitly, he refused to consider the parties' common intention relating to the term's negotiation, or any other extrinsic evidence relating to the contract. In this scenario, I can see no basis on which to treat the question of qualification at hand as one of mixed fact and law, as suggested by my colleagues at para. 41. The only question remaining, to which I now turn, is one of pure law.

(2) Juridical Effect of a Term and Characterization of the Contractual Term in This Case

[145] Does the contract of affiliation at issue have a fixed term? And if so, what is its duration?

[146] [TRANSLATION] “The contract for a fixed term is defined as ‘one whose extinction is based on a future and certain event the occurrence of which does not depend exclusively on the will of the parties’” (Azéma, at No. 84 (citation omitted)).

[147] Where an extinctive term ends the contract in its entirety, it extinguishes all of the obligations created by the contract (see art. 1517 C.C.Q.; Baudouin and Jobin, at No. 559; see also M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec* (7th ed. 2009), at No. 443). As noted by some authors, because the extinctive term is an essential or constitutive element of a contract of successive performance, it is only inaptly called a modality:

[TRANSLATION] But one should not be deceived by this reference to an *extinctive term* [in art. 1517]. It is not really a modality that affects one of the obligations under a contract; rather, it is simply the end of a contract of successive performance, stipulated in advance by the parties. Thus, a lease may stipulate a term: that it has a duration of two years, for example. As can be seen, this purported extinctive term applies to the entirety of an obligational relationship (such as a contract) — and not to one of the obligations (contrary to the letter of article 1517). Moreover, unlike the suspensive term, the extinctive term

contexte factuel entourant le contrat ne sont pertinents pour sa qualification. En effet, le juge de première instance n'a pas expressément procédé à la qualification et, dans la mesure où il l'a fait implicitement, il a refusé d'examiner l'intention commune des parties en ce qui a trait à la négociation du terme, ou tout autre élément de preuve extrinsèque relatif au contrat. Dans ce cas de figure, je ne vois aucune raison de traiter la question de la qualification en l'espèce comme une question mixte de fait et de droit, ainsi que le suggèrent mes collègues au par. 41 de leurs motifs. La seule question qu'il reste à trancher, et que je vais maintenant aborder, est une question de droit pur.

(2) Effet juridique d'un terme et qualification de la durée du contrat en l'espèce

[145] Le contrat d'affiliation dont il est question en l'espèce est-il à durée déterminée? Si oui, quelle est sa durée?

[146] « On définit le contrat à durée déterminée comme “celui dont l'échéance est fixée par un événement futur et certain, dont la réalisation ne dépend pas exclusivement de la volonté des parties” » : Azéma, n° 84 (référence omise).

[147] Lorsqu'il met fin à l'ensemble du contrat, un terme extinctif éteint toutes les obligations créées par ce dernier : voir art. 1517 C.c.Q.; Baudouin et Jobin, n° 559; voir également M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec* (7<sup>e</sup> éd. 2009), n° 443. Comme l'ont noté certains auteurs, puisque le terme extinctif est un élément essentiel ou constitutif du contrat à exécution successive, c'est à tort qu'on le désigne comme une modalité :

Mais cette allusion à un *terme extinctif* [à l'art. 1517] ne doit pas faire illusion. Il ne s'agit guère d'une modalité affectant une des obligations d'un contrat, mais, tout simplement, de la fin d'un contrat à exécution successive, stipulée à l'avance par les parties. Ainsi, un bail peut contenir un terme : il sera d'une durée de deux ans, par exemple. On remarquera que ce prétendu terme extinctif vise la totalité d'une relation obligationnelle (comme un contrat) — et non une de ses obligations (contraire à la lettre de l'article 1517). En outre, contrairement au terme suspensif, le terme extinctif concerne l'existence même

relates to the very existence of obligations and not simply to when they become exigible. Upon the expiry of an extinctive term, the parties' obligations cease to exist; it cannot be said that they cease only to be exigible. In principle, therefore, the idea that the extinctive term is a modality of an obligation is false. [Underlining added; footnotes omitted.]

(Lluelles and Moore, at No. 2507)

[TRANSLATION] Although this element of duration is referred to in the specific rules on nominate contracts, the essential problems raised by the term of a contract in fact fall under general contract theory. Whether a contract may be perpetual is a central question that certainly lies outside the realm of modalities, which are characterized by their being optional and thus secondary, in the sense of being non-compulsory. [Emphasis added.]

(Tancelin, at No. 443)

[148] The *Code* thus contemplates two types of contracts of successive performance: those with an extinctive term (i.e., those with a fixed term) and those without one (i.e., those that are indeterminate).

[149] Based on the trial judge's reading of the contract, the intended legal effect of the parties' agreement is to bind the appellant for a term of potential perpetuity, but the respondents for a term of only five years. How should this arrangement be characterized in light of the law's binary distinction between contracts with a single extinctive term and contracts without one? Answering this question necessitates an inquiry into the legal mechanics of the contract.

[150] On the trial judge's reading, clause 10 creates an automatic renewal mechanism triggered by the parties' silence. Since the contract is renewed without negotiations, no changes to the essential terms of the agreement can occur on renewal. The agreement remains the same. In the past, some academic authorities were uncertain as to whether, in these circumstances, a new contract is formed or the same contract is merely extended, but still, they suggested that

des obligations, et nullement leur simple exigibilité. À l'arrivée du terme extinctif, les obligations des parties cessent d'exister; on ne peut dire qu'elles cessent seulement d'être exigibles. En principe, donc, le terme extinctif, comme modalité d'une obligation, est une fausse notion. [Je souligne; notes en bas de page omises.]

(Lluelles et Moore, n° 2507)

Quoique cet élément de durée soit mentionné dans le régime particulier des contrats nommés, les problèmes essentiels que soulève la durée du contrat relèvent bel et bien de la théorie générale des contrats. Qu'un contrat puisse être perpétuel est une question centrale, qui ne relève certainement pas du domaine des modalités, se caractérisant par leur caractère facultatif, donc secondaire, au sens de non obligatoire. [Je souligne.]

(Tancelin, n° 443)

[148] Le *Code* traite donc de deux types de contrats à exécution successive : ceux ayant un terme extinctif (c.-à-d., ceux qui sont à durée déterminée), et ceux qui n'en ont pas (c.-à-d., ceux qui sont à durée indéterminée).

[149] Selon la lecture du contrat que fait le juge de première instance, l'effet juridique recherché par le libellé de l'entente intervenue entre les parties est de lier l'appelante pour un terme potentiellement perpétuel, et les intimées pour un terme de seulement cinq ans. Comment devrait-on qualifier cet arrangement compte tenu de la distinction binaire qu'établit le droit entre les contrats ayant un seul terme extinctif et ceux qui n'en ont aucun? Pour répondre à cette question, il faut examiner le mécanisme juridique du contrat.

[150] Suivant la lecture qu'a faite le juge de première instance, la clause 10 crée un mécanisme de renouvellement automatique du contrat déclenché par le silence des parties. Puisque le contrat est renouvelé sans négociations, aucun changement ne peut être apporté à ses éléments essentiels lors du renouvellement. L'entente demeure la même. Dans le passé, certains auteurs étaient incertains quant à savoir si, dans ce cas de figure, un nouveau contrat est formé ou si celui qui existe déjà est simplement prolongé. Ils ont tout de même suggéré ce qui suit :

[TRANSLATION] [t]he contract would appear to be the same one given the absence of any break in time and of any formality for its completion, unlike in the case of an option or tacit renewal. [Footnote omitted.]

(Lluelles and Moore, at No. 2195)

[151] Recently, the Court of Appeal resolved this uncertainty, holding that an automatic renewal clause extends the same contract rather than creating a new one:

[TRANSLATION] By providing for the automatic renewal of their agreement, the parties essentially agreed to extend the contract beyond its initial term. Ultimately, this was merely a change to the initially specified term, which was, in a sense, pushed back in time. On the expiry of the initially specified term, therefore, it was the same contract that would continue.

The renewal clause was worded such that the decision to push the term of the contract back another 60 months would be known even before the expiry of the initial term. Clause 6 provided that the contract would be renewed automatically unless either party gave notice of non-renewal at least 90 days before the end of the initial (or renewed) period. The parties' silence during the allotted time would constitute, as it were, their agreement to extend the contract, thereby confirming that it would remain in effect beyond the initially specified term. [Emphasis added.]

(*Services Matrec inc. v. CFH Sécurité inc.*, 2014 QCCA 221, at paras. 38-39 (CanLII))

[152] The juridical effect of the renewal clause is therefore to extend the same contract for a further period of time. The renewal clause does not create iterative five-year contracts, but rather extends the first contract. The juridical link between the parties is accordingly never severed. In other words, the contract's term is never spent. And since only the respondents may oppose renewal, the juridical effect of the five-year term — the extinction of the contract — is engaged only for them. That is, only the respondents have the benefit of a certain term that will extinguish their obligations (see Azéma, at No. 93). From the appellant's standpoint, the date that the contract is extinguished is entirely uncertain.

Il semblerait qu'il s'agisse du même contrat, étant donné l'absence de césure dans le temps et l'absence de toute formalité effectuée pour sa réalisation, à la différence de l'option ou de la tacite reconduction. [Note en bas de page omise.]

(Lluelles et Moore, n° 2195)

[151] Récemment, la Cour d'appel a dissipé cette incertitude en concluant qu'une clause de renouvellement automatique prolonge le même contrat, plutôt que d'en créer un nouveau :

En prévoyant la reconduction automatique de leur entente, les parties ont en quelque sorte convenu de proroger le contrat au-delà de son terme initial. Il ne s'agit en définitive que d'une modification du terme initialement prévu, qui se voit en quelque sorte reporté dans le temps. À l'expiration du terme initialement prévu, c'est donc le même contrat qui continue.

La clause de renouvellement est ainsi libellée que la décision de repousser le terme du contrat d'un autre 60 mois est connue avant même l'arrivée du terme initial. En effet, la clause 6 stipule qu'à défaut d'un avis de non-renouvellement par l'une ou l'autre des parties au moins 90 jours avant la fin de la période initiale (ou renouvelée), le contrat est reconduit automatiquement. Le silence des parties dans le délai imparti constitue en quelque sorte leur accord de prorogation, confirmant ainsi le maintien en vigueur du contrat au-delà de l'échéance initialement prévue. [Je souligne.]

(*Services Matrec inc. c. CFH Sécurité inc.*, 2014 QCCA 221, par. 38-39 (CanLII))

[152] L'effet juridique de la clause de renouvellement est donc de proroger le contrat pour une période additionnelle. Elle ne crée pas de contrats itératifs de cinq ans; elle proroge plutôt le premier contrat. Le lien juridique entre les parties n'est donc jamais rompu. Autrement dit, le contrat n'atteint jamais son terme. En outre, puisque seules les intimées peuvent s'opposer au renouvellement, l'effet juridique du terme de cinq ans — l'extinction du contrat — ne s'applique qu'à elles, c'est-à-dire que seules les intimées bénéficient d'un terme certain qui éteindra leurs obligations : voir Azéma, n° 93. Du point de vue de l'appelante, la date à laquelle le contrat prend fin est totalement incertaine.

[153] As stated above, the result is that the contract would effectively have a hybrid term: one of five years as applied to the respondents; but one of potential perpetuity, or indeterminacy, as applied to the appellant. The question this Court must answer is whether such a hybrid term can exist as a matter of law, or whether a purported term must function symmetrically for the benefit of both parties in order to be characterized as an extinctive term.

[154] At para. 57 of their reasons, my colleagues recognize that a contract cannot have both a fixed term for one party and an indeterminate term for the other. However, my colleagues do not address the characterization issue directly, instead asserting that the contract has a fixed term of five years (*in law*), yet is perpetual *in effect* for the appellant, before going on to assess the validity of a perpetual contract *in law*.

[155] With respect, I find my colleagues' distinction between the term *in law* and the term *in effect* artificial. The parties' use of the words "60 months" should not dictate the contract's characterization in law (*Lluelles and Moore*, at No. 1735). For example, if a lease in a dispute provided for a fixed term of less than a 100 years, but by virtue of a unilateral renewal clause, bound one party in excess of that term, then surely the fact that the parties initially specified some lesser period would not immunize the agreement from art. 1880 *C.C.Q.*, which reduces leases to 100 years. Yet, on my colleagues' approach, that would appear to be the result, since the parties' stated term would be sacrosanct.

[156] Of the authorities cited by my colleagues, only one explicitly contemplates a hybrid term based on a distinction between a stated perpetual term and a shorter stated term that is perpetual *in effect*. In *Neale v. Katz*, [1979] C.A. 192, Mayrand J.A. distinguished in *obiter* between a lease with a perpetual term — that is, a stated term of *forever* — and a lease that has a lesser fixed term but assumes a perpetual character for only one of the parties by operation of a renewal clause (p. 194). In support

[153] Comme je l'ai indiqué précédemment, en réalité, le contrat aurait donc un terme hybride : un de cinq ans qui s'applique aux intimées, et un potentiellement perpétuel, ou d'une durée indéterminée, qui s'applique à l'appelante. La question à laquelle la Cour doit répondre est celle de savoir si un tel terme peut exister sur le plan juridique, ou si un prétendu terme doit fonctionner de façon symétrique au bénéfice des deux parties pour pouvoir être qualifié de terme extinctif.

[154] Au paragraphe 57 de leurs motifs, mes collègues reconnaissent qu'un contrat ne peut avoir une durée déterminée pour une partie et une durée indéterminée pour l'autre partie. Cependant, ils n'abordent pas directement la question de la qualification. Ils soutiennent plutôt que le contrat est d'une durée déterminée de cinq ans (*en droit*), mais qu'il a un *effet* perpétuel sur l'appelante, avant d'évaluer la validité d'un contrat perpétuel *en droit*.

[155] À mon avis, la distinction que font mes collègues entre la durée *en droit* et la durée *effective* est artificielle. L'utilisation par les parties de l'expression « 60 mois » ne devrait donc pas dicter la qualification du contrat en droit : *Lluelles et Moore*, n° 1735. Par exemple, si un bail faisant l'objet d'un litige stipule un terme fixe de moins de 100 ans, mais que, par l'effet d'une clause de renouvellement unilatéral, il lie une partie pour plus longtemps, le fait que les parties aient inutilement prévu un terme plus court ne soustrairait assurément pas l'entente à l'application de l'art. 1880 *C.c.Q.* qui réduit les baux à 100 ans. Or, suivant l'approche adoptée par mes collègues, il semble que cela serait ce qui surviendrait, puisque le terme prévu par les parties serait sacro-saint.

[156] Parmi les décisions citées par mes collègues, une seule porte expressément sur un terme hybride fondé sur la distinction entre un terme exprès d'une durée perpétuelle et un terme exprès plus court qui a un *effet* perpétuel. Dans un *obiter* de la décision *Neale c. Katz*, [1979] C.A. 192, le juge Mayrand a fait une distinction entre un bail à durée perpétuelle — c'est-à-dire un bail assorti d'un terme pour *toujours* — et un bail dont la durée prévue est moins longue, mais qui a un caractère

of that distinction, however, Mayrand J.A. relied on two common law authorities as well as a strained reading of French academic commentary. I would therefore decline to adopt his reasoning.

[157] In my view, a contract's term must function symmetrically for both parties. In other words, a contract does not have a fixed term if that term does not apply to both parties. This coheres with the legal effect of the contract's term, since it extinguishes personal obligations. It also coheres with the correlative nature of those personal obligations as created by the contract, since one party's rights are the mirror image of the other's obligations, but only for so long as the two mutually subsist. I would therefore conclude that, when it comes to characterization, this Court should not endorse the possibility of a hybrid term without conducting a careful inquiry into the lawfulness of such a mechanism.

[158] In so concluding, I am mindful of the fact that commercial parties may wish to enter into long-term, even perpetual, agreements and that permitting these agreements may be desirable from a policy perspective. As I see it, the legal mechanism of an extinctive term contemplated by art. 1517 *C.C.Q.* is sufficiently robust to these commercial realities, and there is accordingly no need to distort it by endorsing the possibility of a hybrid term.

[159] Given that the contract's term cannot be characterized as a hybrid one, what is the proper characterization of the term based on the trial judge's reading of the agreement? The trial judge held that, as a result of the automatic renewal, the appellant is potentially bound forever, subject only to the respondents' discretion. As I see it, there are two possible characterizations of this agreement. The contract either has a perpetual term — that is, a fixed term of forever with an option to exit arising periodically for the member, in which case my colleagues' public

perpétuel pour seulement une des parties par application d'une clause de renouvellement : p. 194. Cependant, à l'appui de cette distinction, le juge Mayrand s'est fondé sur deux décisions de common law ainsi que sur une lecture inadéquate de la doctrine française. Je n'adopterai donc pas son raisonnement.

[157] À mon avis, le terme d'un contrat doit fonctionner de façon symétrique pour les deux parties. Autrement dit, un contrat n'est pas à durée déterminée si son terme ne s'applique pas aux deux parties. Cette position est cohérente avec l'effet juridique d'un terme, puisqu'il met fin aux obligations personnelles. Cela est aussi cohérent avec le caractère corrélatif de ces obligations personnelles créées par le contrat, puisque les droits d'une partie sont le reflet des obligations de l'autre partie, aussi longtemps que les deux subsistent. Je conclus donc que, lorsqu'il s'agit de qualification, la Cour ne devrait pas entériner la possibilité qu'un terme soit hybride sans procéder à un examen attentif de la légalité d'un tel mécanisme.

[158] En concluant ainsi, je suis consciente du fait que, dans le contexte commercial, les parties peuvent vouloir conclure des ententes à long terme, voire perpétuelles, ainsi que du fait qu'il peut être souhaitable, à titre de considération générale, de permettre de telles ententes. À mon sens, le mécanisme légal que constitue la notion de terme extinctif envisagé par l'art. 1517 *C.c.Q.* est suffisamment solide pour répondre à ces réalités commerciales, et il n'est donc pas nécessaire de le dénaturer en entérinant la possibilité qu'il puisse exister un terme hybride.

[159] Puisque le terme du contrat ne peut être qualifié d'hybride, quelle en est la qualification appropriée considérant la lecture de l'entente faite par le juge de première instance? Le juge de première instance a conclu qu'en raison du renouvellement automatique, l'appelante était liée potentiellement à perpétuité, sous réserve uniquement de la décision unilatérale des intimés qu'il en soit autrement. Selon moi, l'entente peut être qualifiée de deux façons. Soit le contrat est d'une durée perpétuelle — c'est-à-dire qu'il est d'une durée déterminée pour toujours



order analysis becomes relevant — or is for an indeterminate term, because there is no clear extinctive term.

[160] In my view, and as Duval Hesler C.J. held, the correct characterization is the latter one:

[TRANSLATION] In this case, clause 10 makes the contract of affiliation, whose term is on the face of it fixed, a contract for an indeterminate term, since the effect of that clause is that the contract's termination date becomes unknown, at least for Uniprix. [para. 20]

[161] This conclusion is consistent with the well-established principle that contracts with a purportedly certain extinctive term are to be characterized as indeterminate where the realization of the term is dependent on the decision of only one of the parties (see Azéma, at No. 89; Starck, Roland and Boyer, at para. 1308; Mestre, at p. 356; endorsed in Lluellas and Moore, at No. 2045, fn. 21 and 23).

[162] It is also consistent with the law's reluctance to infer perpetuity in the absence of the parties' express stipulation to that effect. Even assuming, without deciding, that my colleagues are right that perpetuity is not contrary to public order, I would not go so far as to infer a perpetual term from the wording of clause 10. Quebec courts have refused to infer perpetuity where the parties did not clearly create a fixed term *in the eyes of the law*, and have characterized such contracts as for an indeterminate term (*E. & S. Salsberg inc. v. Dylex Ltd.*, [1992] R.J.Q. 2445 (C.A.); *Standard Broadcasting Corp. v. Stewart*, [1994] R.J.Q. 1751 (C.A.); *BMW Canada inc. v. Automobiles Jalbert inc.*, 2006 QCCA 1068; *9077-0801 Québec inc. v. Société des lotteries vidéo du Québec inc.*, 2012 QCCA 885). Accordingly, I conclude that the contract of affiliation should be characterized as one for an indeterminate term.

[163] In light of this conclusion, it is unnecessary to consider what role — if any — art. 1512 C.C.Q.

et que le membre a l'option périodique de s'en retirer, auquel cas l'analyse de la question de l'ordre public qu'ont faite mes collègues devient pertinente —, soit le contrat est d'une durée indéterminée, parce qu'il n'y a pas de terme extinctif clair.

[160] À mon avis, et comme la juge en chef Duval Hesler l'a conclu, la qualification appropriée est la deuxième :

En l'espèce, en effet, la clause 10 fait du contrat d'affiliation, dont la durée est en apparence déterminée, un contrat à durée indéterminée, puisque sa date de terminaison, par l'effet de cette clause, devient inconnue, du moins de la part d'Uniprix. [par. 20]

[161] Cette conclusion est compatible avec le principe bien établi portant que les contrats qui ont prétendument un terme extinctif certain doivent être qualifiés de contrats à durée indéterminée lorsque la réalisation du terme est dépendante de la décision d'une seule partie : voir Azéma, n° 89; Starck, Roland et Boyer, par. 1308; Mestre, p. 356; auquel ont souscrit Lluellas et Moore, n° 2045, notes 21 et 23.

[162] Cette conclusion est également compatible avec la réticence du droit à ce que la perpétuité soit inférée en l'absence d'une stipulation expresse des parties en ce sens. Même en supposant, sans décider, que mes collègues ont raison de dire que la perpétuité n'est pas contraire à l'ordre public, je n'irais pas aussi loin que d'inférer du libellé de la clause 10 l'existence d'un terme d'une durée perpétuelle. Les tribunaux québécois ont refusé d'inférer la perpétuité lorsque les parties n'ont pas clairement précisé de durée déterminée *aux yeux du droit* dans leur entente, et ont qualifié ces conventions de contrats à durée indéterminée : *E. & S. Salsberg inc. c. Dylex Ltd.*, [1992] R.J.Q. 2445 (C.A.); *Standard Broadcasting Corp. c. Stewart*, [1994] R.J.Q. 1751 (C.A.); *BMW Canada inc. c. Automobiles Jalbert inc.*, 2006 QCCA 1068; *9077-0801 Québec inc. c. Société des loteries vidéo du Québec inc.*, 2012 QCCA 885. Par conséquent, je conclus que le contrat d'affiliation doit être qualifié de contrat à durée indéterminée.

[163] Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire que je me penche sur le rôle — le cas

plays in this appeal. Rather, the question that remains is whether the notice of resiliation given by the appellant was reasonable in the circumstances.

(3) The Contract of Affiliation May Be Resiliated on Reasonable Notice

[164] As the Court of Appeal recognized in *BMW Canada*, a contract for an indeterminate term may be resiliated on reasonable notice:

[TRANSLATION] In short, in the case of a contract for an indeterminate term, the courts, after reviewing the contract, and in the absence of clauses to the contrary, conclude that it is possible to resiliate the contract without cause on giving reasonable notice. They are of the view that, absent exceptional circumstances, it would be unreasonable to suggest that the parties to a business agreement, at the time they enter into the agreement, intend or expect it to continue indefinitely, particularly where their relationship is one that requires trust and collaboration. [Footnote omitted; para. 108 (CanLII).]

[165] The right to resiliate on reasonable notice [TRANSLATION] “is of the essence of a contract for an indeterminate term and . . . the cases of resiliation provided for in the contract are therefore not exhaustive” (Pineau, Burman and Gaudet, at p. 506, fn. 930 (emphasis added)).

[166] The reasonableness of the notice of resiliation in any given case is a fact-driven, contextual inquiry (see, e.g., *9077-0801 Québec inc.*, at para. 30 (CanLII); and *BMW Canada*, at para. 116). Given his reading of the contract, the trial judge did not make any findings on this point. However, it is clear from the facts that the appellant sent a notice of resiliation on July 26, 2012. In light of that, I conclude that by the date of this Court’s decision, the respondents will have benefitted from a reasonable notice. And, in doing so, I decline to definitively state the minimum time period required to constitute a reasonable notice period in this case. I would accordingly hold that pursuant to the July 26, 2012 notice, the contract of affiliation between the parties is terminated as of the date of this Court’s decision.

échéant — que joue l’art. 1512 *C.c.Q.* dans le présent pourvoi. La question qu’il reste à trancher est plutôt celle de savoir si l’avis de résiliation donné par l’appelante était raisonnable dans les circonstances.

(3) Le contrat d’affiliation peut être résilié moyennant un préavis raisonnable

[164] Comme la Cour d’appel l’a reconnu dans *BMW Canada*, un contrat à durée indéterminée peut être résilié moyennant un préavis raisonnable :

En somme, s’agissant d’un contrat à durée indéterminée, les tribunaux concluent, après étude du contrat et en l’absence de clauses à l’effet contraire, à la possibilité de résiliation, sans motifs, moyennant l’envoi d’un avis suffisant. Ils estiment que, sauf circonstances exceptionnelles, il serait déraisonnable de soutenir que les parties à une entente commerciale souhaitent, ou s’attendent, lors de la conclusion de l’entente, que celle-ci dure indéfiniment, particulièrement lorsque leur relation en est une qui exige confiance et collaboration. [Note en bas de page omise; par. 108 (CanLII).]

[165] Le droit de résilier un contrat moyennant un préavis raisonnable « est de l’essence du contrat à durée indéterminée et [. . .] en conséquence, les cas de résiliation prévus au contrat ne sont pas limitatifs » : Pineau, Burman et Gaudet, p. 506, note 930 (je souligne).

[166] Le caractère raisonnable de l’avis de résiliation dans un cas donné repose en grande partie sur les faits et sur le contexte : voir, p. ex., *9077-0801 Québec inc.*, par. 30 (CanLII); et *BMW Canada*, par. 116. Compte tenu de sa lecture du contrat, le juge de première instance n’a tiré aucune conclusion sur ce point. Cependant, il ressort clairement des faits que l’appelante a envoyé un avis de résiliation le 26 juillet 2012. À la lumière de ce fait, je conclus qu’à la date de la décision de notre Cour, les intimées auront bénéficié d’un préavis raisonnable. Et, ce faisant, je ne me prononce pas de façon définitive sur la période minimale requise qui constituerait un préavis raisonnable en l’espèce. Je conclus donc que, compte tenu de l’avis donné le 26 juillet 2012, le contrat d’affiliation conclu entre les parties prend fin à la date de la décision de la Cour.

[167] I acknowledge that the civil law's workings in this case are somewhat complex. But, as always, its underlying rationale is simple. A court should not forever wed two parties in an unhappy marriage where only one of them has an avenue for exit, in the absence of express vows to that effect. In other words, in characterizing the term of a contract, perpetuity should not be inferred.

*C. Disposition*

[168] For these reasons, I would allow the appeal and declare that the contract of affiliation is terminated as of the date of this Court's decision.

*Appeal dismissed with costs, McLACHLIN C.J. and CÔTÉ and ROWE JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Miller Thomson, Montréal; LCM Attorneys Inc., Montréal; Robinson Sheppard Shapiro, Montréal.*

*Solicitors for the respondents: Jolicœur Lacasse, Québec.*

[167] Je reconnais que les mécanismes du droit civil applicables en l'espèce sont assez complexes. Mais, comme toujours, le raisonnement sous-jacent est simple. Un tribunal devrait éviter de maintenir deux parties dans un mariage malheureux lorsqu'une seule des parties a une porte de sortie, en l'absence de vœux exprès à cet effet. Autrement dit, au moment de qualifier la durée d'un contrat, on ne doit pas inférer la perpétuité.

*C. Dispositif*

[168] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer que le contrat d'affiliation prend fin à la date de la décision de la Cour.

*Pourvoi rejeté avec dépens, la juge en chef McLACHLIN et les juges CÔTÉ et ROWE sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Miller Thomson, Montréal; LCM Avocats inc., Montréal; Robinson Sheppard Shapiro, Montréal.*

*Procureurs des intimées : Jolicœur Lacasse, Québec.*

**Attorney General of Canada on behalf of the Republic of India** *Appellant*

v.

**Surjit Singh Badesha and Malkit Kaur Sidhu** *Respondents*

and

**David Asper Centre for Constitutional Rights, South Asian Legal Clinic of Ontario, Canadian Lawyers for International Human Rights, Canadian Centre for Victims of Torture and Canadian Council for Refugees** *Intervenors*

**INDEXED AS: INDIA v. BADESHA**

**2017 SCC 44**

File No.: 36981.

2017: March 20; 2017: September 8.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Surrender order — Judicial review — Minister of Justice ordering surrender of Canadian citizens for extradition — Whether it was reasonable for Minister to conclude that there was no substantial risk of torture or mistreatment that would offend principles of fundamental justice or that surrenders would not otherwise be unjust or oppressive — Contextual factors in assessing reliability of diplomatic assurances — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1)(a).*

B and S were charged in India for allegedly arranging an honour killing that occurred there. B is the victim's uncle, and S is her mother. Both are Canadian citizens residing in Canada. India sought the extradition of B and S for the offence of conspiracy to commit murder. The Minister of Justice ordered their surrenders, after

**Procureur général du Canada au nom de la République de l'Inde** *Appelant*

c.

**Surjit Singh Badesha et Malkit Kaur Sidhu** *Intimés*

et

**David Asper Centre for Constitutional Rights, South Asian Legal Clinic of Ontario, Juristes canadiens pour le droit international de la personne, Canadian Centre for Victims of Torture et Conseil canadien pour les réfugiés** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : INDE c. BADESHA**

**2017 CSC 44**

N° du greffe : 36981.

2017 : 20 mars; 2017 : 8 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Arrêté d'extradition — Contrôle judiciaire — Extradition de deux citoyens canadiens ordonnée par le ministre de la Justice — Était-il raisonnable de la part du ministre de conclure qu'il n'y avait pas de risque sérieux de torture ou de mauvais traitements qui contreviendrait aux principes de justice fondamentale ou que les extraditions ne seraient par ailleurs ni injustes ni tyranniques? — Facteurs contextuels à examiner pour apprécier la fiabilité des assurances diplomatiques — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, c. 18, art. 44(1)a).*

B et S ont été inculpés en Inde parce qu'ils auraient planifié un crime d'honneur commis dans ce pays. B est l'oncle de la victime tandis que S est sa mère. Tous deux sont des citoyens canadiens résidant au Canada. L'Inde a demandé leur extradition afin de les juger relativement à une infraction de complot en vue de commettre un

receiving assurances from India regarding their treatment if incarcerated, including health, safety and consular access, and determining, in accordance with s. 44(1)(a) of the *Extradition Act*, that their surrenders would not be unjust or oppressive. A majority of the Court of Appeal concluded that the Minister's orders were unreasonable and set them aside.

*Held:* The appeal should be allowed and the surrender orders of the Minister restored.

The Minister's surrender orders are subject to review on a standard of reasonableness. In this case, it was reasonable for the Minister to conclude that, on the basis of the assurances he received from India, there was no substantial risk of torture or mistreatment of B and S that would offend the principles of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*, and that their surrenders were not otherwise unjust or oppressive.

Where a person sought for extradition faces a substantial risk of torture or mistreatment in the receiving state, their surrender will violate the principles of fundamental justice and the Minister must refuse surrender under s. 44(1)(a) of the *Extradition Act*. Where there is no substantial risk of torture or mistreatment and the surrender is *Charter* compliant, the Minister must nonetheless refuse the surrender if he is satisfied that, in the whole of the circumstances, it would be otherwise unjust or oppressive. In this regard, the Minister may take into account the circumstances alleged to make the surrender inconsistent with the *Charter*, the seriousness of the alleged offence and the importance of Canada meeting its international obligations.

In assessing whether there is a substantial risk of torture or mistreatment, diplomatic assurances regarding the treatment of the person may be taken into account by the Minister. Where the Minister has determined that such a risk exists and that assurances are therefore needed, the reviewing court must consider whether the Minister has reasonably concluded that, based on the assurances provided, there is no substantial risk. However, diplomatic assurances need not eliminate any possibility of torture or mistreatment; they must simply form a reasonable basis for the Minister's finding that there is no substantial risk of torture or mistreatment. The reliability of diplomatic assurances depends on the circumstances of the particular case and involves the consideration of multiple factors.

meurtre. Le ministre de la Justice a ordonné leur extradition après avoir reçu de l'Inde des assurances concernant le traitement qui leur serait réservé s'ils étaient incarcérés, notamment sur les plans de la santé, de la sécurité et de l'accès à des représentants consulaires, et il a jugé, conformément à l'al. 44(1)a) de la *Loi sur l'extradition*, que leur extradition ne serait ni injuste ni tyrannique. La Cour d'appel a conclu, à la majorité, que les arrêtés du ministre étaient déraisonnables et elle les a annulés.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et les arrêtés d'extradition du ministre sont rétablis.

Les arrêtés d'extradition du ministre sont susceptibles de contrôle suivant la norme de la décision raisonnable. En l'espèce, il était raisonnable de la part du ministre de conclure, sur la foi des assurances qu'il avait reçues de l'Inde, que B et S ne courraient aucun risque sérieux de torture ou de mauvais traitements qui contreviendrait aux principes de justice fondamentale protégés par l'art. 7 de la *Charte*, et que leur extradition ne serait par ailleurs ni injuste ni tyrannique.

Lorsque l'intéressé court un risque sérieux d'être torturé ou maltraité dans l'État d'accueil, son extradition viole les principes de justice fondamentale et le ministre doit refuser son extradition en vertu de l'al. 44(1)a) de la *Loi sur l'extradition*. Lorsqu'il n'y a pas de risque sérieux de torture ou de mauvais traitements et que l'extradition respecte par le fait même la *Charte*, le ministre doit néanmoins refuser l'extradition s'il est convaincu que, compte tenu des circonstances dans leur ensemble, l'extradition serait par ailleurs injuste ou tyrannique. À cet égard, le ministre peut tenir compte des circonstances qui rendraient l'extradition incompatible avec la *Charte*, de la gravité de l'infraction reprochée et de l'importance que le Canada respecte ses obligations internationales.

Pour décider s'il existe un risque sérieux de torture ou de mauvais traitements, le ministre peut tenir compte des assurances diplomatiques données au sujet du traitement de l'intéressé. Lorsque le ministre estime qu'un tel risque existe et qu'il est donc nécessaire que des assurances diplomatiques soient fournies, le tribunal de révision doit décider si c'est à raison que le ministre a conclu, sur la foi des assurances fournies, qu'il n'y a aucun risque sérieux. Il n'est toutefois pas nécessaire que les assurances diplomatiques écartent toute possibilité de torture ou de mauvais traitements; elles doivent simplement donner au ministre un motif raisonnable de conclure qu'il n'y a aucun risque sérieux de torture ou de mauvais traitements. La fiabilité des assurances diplomatiques dépend des circonstances de l'espèce et fait intervenir une foule de facteurs.

In this case, the Minister was satisfied that, based on the assurances he received from India regarding their treatment, B and S would not face a substantial risk of torture or mistreatment. The Minister took into account relevant factors in assessing the reliability of the assurances, which formed a reasonable basis for the Minister's conclusion that their surrenders would not violate the principles of fundamental justice. The inquiry for the reviewing court is not whether there is no possibility of torture or mistreatment, but whether it was reasonable for the Minister to conclude that there was no substantial risk of torture or mistreatment. Given the circumstances, the Minister's decision to order the surrenders of B and S fell within a range of reasonable outcomes.

### Cases Cited

**Adopted:** *Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom*, No. 8139/09, ECHR 2012-I; **considered:** *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; **referred to:** *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Canada (Justice) v. Fischbacher*, 2009 SCC 46, [2009] 3 S.C.R. 170; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *M.M. v. United States of America*, 2015 SCC 62, [2015] 3 S.C.R. 973; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Chahal v. United Kingdom* (1996), 23 E.H.R.R. 413; *Said v. the Netherlands*, July 5, 2005, Reports 2005-VI; *Thailand (Kingdom) v. Saxena*, 2006 BCCA 98, 265 D.L.R. (4th) 55; *Bonamie, Re*, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 6(1), 7.  
*Code of Criminal Procedure* (India).  
*Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, ss. 3(2), 44(1)(a).  
*Penal Code* (India).

### Treaties and Other International Instruments

*Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Can. T.S. 1987 No. 36, art. 3(1).

En l'espèce, le ministre s'est dit convaincu, sur la foi des assurances qu'il avait reçues de l'Inde à propos du traitement qui serait réservé à B et à S, que ces derniers ne seraient pas exposés à un risque sérieux de torture ou de mauvais traitements. Le ministre a tenu compte des facteurs pertinents pour déterminer la fiabilité des assurances données, facteurs qui lui permettraient raisonnablement de conclure que l'extradition de B et de S ne violerait pas les principes de justice fondamentale. La question que le tribunal de révision est appelé à se poser n'est pas de savoir s'il n'y a aucune possibilité de torture ou de mauvais traitements, mais bien s'il était raisonnable pour le ministre de conclure qu'il n'y avait aucun risque sérieux de torture ou de mauvais traitements. Vu les circonstances, la décision du ministre d'ordonner l'extradition de B et de S se situait dans le cadre des solutions raisonnables possibles.

### Jurisprudence

**Arrêt adopté :** *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09, CEDH 2012-I; **arrêt examiné :** *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Canada (Justice) c. Fischbacher*, 2009 CSC 46, [2009] 3 R.C.S. 170; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *M.M. c. États-Unis d'Amérique*, 2015 CSC 62, [2015] 3 R.C.S. 973; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93, 15 novembre 1996 (HUDOC); *Said c. Pays-Bas*, 5 juillet 2005, Recueil 2005-VI; *Thailand (Kingdom) c. Saxena*, 2006 BCCA 98, 265 D.L.R. (4th) 55; *Bonamie, Re*, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 6(1), 7.  
*Code of Criminal Procedure* (Inde).  
*Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, c. 18, art. 3(2), 44(1)(a).  
*Penal Code* (Inde).

### Traité et autres instruments internationaux

*Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, R.T. Can. 1987 n° 36, art. 3(1).

*Extradition Treaty between the Government of Canada and the Government of India*, Can. T.S. 1987 No. 14.  
*International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47.  
*Vienna Convention on Consular Relations*, Can. T.S. 1974 No. 25.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Newbury and Goepel JJ.A.), 2016 BCCA 88, 4 Admin. L.R. (6th) 280, 383 B.C.A.C. 220, 661 W.A.C. 220, [2016] B.C.J. No. 365 (QL), 2016 CarswellBC 468 (WL Can.), allowing an application for judicial review of surrender orders made by the Minister of Justice, setting the orders aside and remitting the matter to the Minister for further consideration. Appeal allowed.

*Janet Henchey and Diba B. Majzub*, for the appellant.

*Michael Klein, Q.C.*, and *Michael Sobkin*, for the respondent Surjit Singh Badesha.

*E. David Crossin, Q.C.*, *Elizabeth France* and *Miriam Isman*, for the respondent Malkit Kaur Sidhu.

*John Norris and Cheryl Milne*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Ranjan K. Agarwal and Preet Bell*, for the intervener the South Asian Legal Clinic of Ontario.

*Adriel Weaver and Louis Century*, for the interveners the Canadian Lawyers for International Human Rights, the Canadian Centre for Victims of Torture and the Canadian Council for Refugees.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

## I. Overview

[1] On June 9, 2000, the body of Jaswinder Kaur Sidhu was discovered in a village in the Indian state of Punjab. It is the theory of the Indian government that she was the victim of an honour killing

*Convention de Vienne sur les relations consulaires*, R.T. Can. 1974 n° 25.

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47.

*Traité d'extradition entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de l'Inde*, R.T. Can. 1987 n° 14.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald, Newbury et Goepel), 2016 BCCA 88, 4 Admin. L.R. (6th) 280, 383 B.C.A.C. 220, 661 W.A.C. 220, [2016] B.C.J. No. 365 (QL), 2016 CarswellBC 468 (WL Can.), qui a accueilli une demande de contrôle judiciaire d'arrêtés d'extradition pris par le ministre de la Justice, annulé les arrêtés et renvoyé l'affaire au ministre pour réexamen. Pourvoi accueilli.

*Janet Henchey et Diba B. Majzub*, pour l'appellant.

*Michael Klein, c.r.*, et *Michael Sobkin*, pour l'intimé Surjit Singh Badesha.

*E. David Crossin, c.r.*, *Elizabeth France* et *Miriam Isman*, pour l'intimée Malkit Kaur Sidhu.

*John Norris et Cheryl Milne*, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

*Ranjan K. Agarwal et Preet Bell*, pour l'intervenante South Asian Legal Clinic of Ontario.

*Adriel Weaver et Louis Century*, pour les intervenants Juristes canadiens pour le droit international de la personne, Canadian Centre for Victims of Torture et le Conseil canadien pour les réfugiés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

## I. Aperçu

[1] Le 9 juin 2000, le cadavre de Jaswinder Kaur Sidhu a été découvert dans un village de l'État indien du Pendjab. Selon la thèse des autorités indiennes, Jaswinder Kaur Sidhu aurait été victime d'un

arranged by the respondents, Surjit Singh Badesha, her uncle, and Malkit Kaur Sidhu, her mother, both of whom are Canadian citizens residing in Canada.

[2] India requested that Mr. Badesha and Ms. Sidhu be extradited on a charge of conspiracy to commit murder contrary to the Indian *Penal Code*. After an extradition hearing, Mr. Badesha and Ms. Sidhu were committed for surrender. The Minister of Justice then ordered their surrenders to India after determining, in accordance with s. 44(1)(a) of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18 (“Act”), that it would not be unjust or oppressive to do so.

[3] Mr. Badesha and Ms. Sidhu applied for judicial review of the Minister’s decision to the British Columbia Court of Appeal. A majority of the court concluded that it was unreasonable for the Minister to find that surrendering Mr. Badesha and Ms. Sidhu would not be unjust or oppressive in the circumstances. Accordingly, the majority ordered that the Minister’s decision be set aside and that the matter be remitted to the Minister for further consideration. The Attorney General of Canada appeals from that order.

[4] Central to the appeal is whether Mr. Badesha and Ms. Sidhu face a substantial risk of torture or other forms of mistreatment if they are incarcerated in India. To surrender them in such circumstances would violate their rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and render their surrenders unjust or oppressive under s. 44(1)(a) of the Act.<sup>1</sup>

[5] In assessing whether to surrender Mr. Badesha and Ms. Sidhu, the Minister was cognizant of the health and safety risks they might face if incarcerated in India and treated them seriously. In the end, however, upon seeking and receiving assurances from the Indian government designed to address his concerns about Mr. Badesha and Ms. Sidhu’s health

<sup>1</sup> By “mistreatment”, I mean forms of ill-treatment or abuse that offend against the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*.

crime d’honneur planifié par les intimés, son oncle, Surjit Singh Badesha, et sa mère, Malkit Kaur Sidhu, tous deux citoyens canadiens résidant au Canada.

[2] L’Inde a demandé l’extradition de M. Badesha et de M<sup>me</sup> Sidhu, qui sont accusés en vertu du *Penal Code* de l’Inde (« Code pénal indien ») de complot en vue de commettre un meurtre. À la suite de l’audience d’extradition, M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu ont été incarcérés en vue de leur remise aux autorités indiennes. Le ministre de la Justice a par la suite ordonné leur extradition en Inde après avoir jugé, conformément à l’al. 44(1)a) de la *Loi sur l’extradition*, L.C. 1999, c. 18 (« Loi »), que leur extradition ne serait pas injuste ou tyrannique.

[3] M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu ont sollicité le contrôle judiciaire de la décision du ministre à la Cour d’appel de la Colombie-Britannique. Les juges majoritaires ont conclu au caractère déraisonnable de la décision du ministre selon laquelle l’extradition de M. Badesha et de M<sup>me</sup> Sidhu ne serait pas injuste ou tyrannique dans les circonstances. Ils ont donc ordonné que la décision soit annulée et que l’affaire soit renvoyée au ministre pour réexamen. Le procureur général du Canada se pourvoit en appel de cette ordonnance.

[4] La question de savoir si M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu courent un risque sérieux de torture ou d’autres mauvais traitements s’ils sont incarcérés en Inde est au cœur du présent pourvoi. Dans l’affirmative, leur extradition constituerait une violation des droits que leur garantit l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, rendant ainsi leur extradition injuste ou tyrannique au sens de l’al. 44(1)a) de la Loi<sup>1</sup>.

[5] Pour décider ou non d’extrader M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu, le ministre a pris en compte les risques qu’ils pourraient courir sur les plans de la santé et de la sécurité s’ils étaient incarcérés en Inde et il a pris ces risques au sérieux. Toutefois, après avoir demandé et obtenu des autorités indiennes des assurances censées répondre à ses craintes concernant la

<sup>1</sup> Par « mauvais traitements », j’entends tous mauvais traitements ou sévices contrevenant aux principes de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte*.



and safety while in custody, the Minister concluded that they did not face a substantial risk of torture or mistreatment.

[6] For reasons that follow, I am respectfully of the view that the Minister's conclusion in this regard was reasonable. I take a similar view of his related conclusion that the surrenders were not otherwise unjust or oppressive. In this respect, the Minister considered the case as a whole, and determined that there was no justifiable basis for Canada not to extradite according to its extradition treaty with India. The alleged crime for which India was seeking Mr. Badesha's and Ms. Sidhu's extradition was extremely serious, and in the Minister's view, it was important that Canada comply with its treaty obligations to India so that India could see "justice done on [its] territory": see Minister's reasons at A.R., vol. I, at pp. 85 and 105. In short, the Minister considered the relevant facts and reached a defensible conclusion on the basis of those facts: *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at para. 41.

[7] Accordingly, I would allow the appeal and restore the surrender orders.

## II. Background Facts

[8] On June 8, 2000, Jaswinder Kaur Sidhu and her husband, Sukhwinder Singh Sidhu, were travelling by scooter in the Punjab region in India when they were attacked by a group of armed men. Sukhwinder was seriously injured in the assault. The assailants forced Jaswinder into a car and drove away. The next day, Jaswinder's body was discovered on the bank of a canal in a village close to where the attack had taken place. Her throat had been cut.

[9] Almost a year earlier, the couple had married in India without the knowledge of Jaswinder's family. Jaswinder's family was from a high socio-economic class. Her husband was from a low socio-economic class: he was a rickshaw driver from a poor family. It

santé et la sécurité de M. Badesha et de M<sup>me</sup> Sidhu pendant leur détention, le ministre a finalement conclu qu'ils ne couraient pas un risque sérieux de torture ou de mauvais traitements.

[6] Pour les motifs qui suivent, j'estime en tout respect que la conclusion du ministre est raisonnable. Je suis du même avis en ce qui concerne sa conclusion connexe suivant laquelle l'extradition des intimés n'est par ailleurs ni injuste ni tyrannique. À cet égard, le ministre a considéré le dossier dans son ensemble et a jugé que rien ne justifiait le Canada de ne pas extraditer M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu conformément au traité d'extradition qu'il avait conclu avec l'Inde. Le crime reproché à M. Badesha et à M<sup>me</sup> Sidhu et pour lequel l'Inde demandait leur extradition est extrêmement grave et, de l'avis du ministre, il importe que le Canada respecte ses obligations aux termes du traité pour que l'Inde soit assurée que [TRADUCTION] « justice soit rendue sur [son] territoire » (voir les motifs du ministre, d.a., vol. I, p. 85 et 105). En résumé, le ministre a tenu compte des faits pertinents et tiré une conclusion susceptible de se justifier au regard de ces faits (*Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 41).

[7] En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les arrêtés d'extradition.

## II. Faits à l'origine du litige

[8] Le 8 juin 2000, Jaswinder Kaur Sidhu et son époux, Sukhwinder Singh Sidhu, circulaient sur un scooter dans la région du Pendjab, en Inde, lorsqu'ils ont été attaqués par un groupe d'hommes armés. Sukhwinder a été grièvement blessé lors de cette agression. Les agresseurs ont contraint Jaswinder à monter à bord d'une voiture et ont pris la fuite. Le lendemain, le cadavre de Jaswinder a été découvert sur la berge d'un canal, dans un village situé à proximité du lieu de l'agression. On lui avait tranché la gorge.

[9] Presque un an plus tôt, Jaswinder et Sukhwinder s'étaient épousés en Inde à l'insu de la famille de Jaswinder. La famille de Jaswinder faisait partie d'une classe socioéconomique élevée. Son mari provenait d'une classe socioéconomique inférieure : il

is alleged by the Indian government that Mr. Badesha and Ms. Sidhu strongly opposed the marriage of Jaswinder and Sukhwinder, took steps to try to end it, and when those efforts failed, arranged for a number of persons in India to attack and kill the couple.

[10] Thirteen people, including Mr. Badesha and Ms. Sidhu, were charged in India in connection with the killing of Jaswinder and the attack on Sukhwinder. Eleven of those charged were tried together in India. Seven were convicted and four were acquitted of offences arising out of the attack, including murder, attempted murder, and conspiracy to commit murder. Four of the seven who were convicted were later acquitted on appeal. Mr. Badesha and Ms. Sidhu are the only accused persons who remain to be tried in this matter.

[11] By a diplomatic note, India sought their extradition for the offence of conspiracy to commit murder under the Indian *Penal Code: the Extradition Treaty between the Government of Canada and the Government of India*, Can. T.S. 1987 No. 14. The Minister of Justice issued an Authority to Proceed, authorizing extradition proceedings against Mr. Badesha and Ms. Sidhu on the corresponding Canadian offences of conspiracy to commit murder, attempt to commit murder and murder.<sup>2</sup>

[12] The extradition judge found that there was a substantial body of circumstantial evidence implicating Mr. Badesha and Ms. Sidhu in the alleged crime, including evidence that: they viewed the marriage between Jaswinder and Sukhwinder as bringing dishonour to their family; they issued death

<sup>2</sup> In an Authority to Proceed, the Minister of Justice identifies the Canadian offences that make the conduct criminal in Canada. Extradition is permitted when the conduct underlying the alleged foreign offence, if it occurred in Canada, would constitute an offence in Canadian law, however named or characterized: s. 3(2) of the Act; see also *Canada (Justice) v. Fischbacher*, 2009 SCC 46, [2009] 3 S.C.R. 170, at para. 4.

était chauffeur de pousse-pousse et était issu d'une famille pauvre. Le gouvernement de l'Inde allègue que M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu se seraient énergiquement opposés au mariage de Jaswinder et de Sukhwinder et, constatant que les mesures qu'ils avaient prises pour tenter de mettre fin à ce mariage se révélaient vaines, ils auraient eu recours en Inde à plusieurs individus pour qu'ils agressent et tuent les époux.

[10] En Inde, treize individus, dont M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu, ont été inculpés en lien avec le meurtre de Jaswinder et l'agression perpétrée contre Sukhwinder. Parmi ces individus, onze ont été jugés ensemble en Inde; sept ont été déclarés coupables et quatre ont été acquittés de diverses infractions liées à l'agression, notamment de meurtre, de tentative de meurtre et de complot en vue de commettre un meurtre. Quatre des sept individus déclarés coupables ont par la suite été acquittés en appel. M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu sont les seuls accusés qui n'ont pas encore subi leur procès dans cette affaire.

[11] Par une note diplomatique, l'Inde a demandé leur extradition afin de les juger en vertu du Code pénal indien relativement à une infraction de complot en vue de commettre un meurtre (*Traité d'extradition entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de l'Inde*, R.T. Can. 1987 n° 14). Le ministre de la Justice a délivré un arrêté introductif d'instance consentant à ce que des procédures d'extradition soient engagées contre M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu à l'égard des infractions canadiennes correspondantes de complot en vue de commettre un meurtre, de tentative de meurtre et de meurtre<sup>2</sup>.

[12] Le juge d'extradition a conclu qu'un ensemble considérable d'éléments de preuve circonstancielle impliquaient M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu dans le crime qui leur était reproché, notamment des éléments de preuve suivant lesquels ils considéraient que le mariage de Jaswinder et de Sukhwinder déshonorait

<sup>2</sup> Dans un arrêté introductif d'instance, le ministre de la Justice précise les infractions canadiennes qui répriment les actes constituant un crime au Canada. L'extradition est permise lorsque les actes constituant une infraction à l'étranger, s'ils étaient commis au Canada, constitueraient une infraction en droit canadien, peu importe sa désignation ou sa classification (par. 3(2) de la Loi; voir également l'arrêt *Canada (Justice) c. Fischbacher*, 2009 CSC 46, [2009] 3 R.C.S. 170, par. 4).

threats to Jaswinder and Sukhwinder; and phone calls were placed from Mr. Badesha's home phone in British Columbia to some of the Indian perpetrators around the time the couple was attacked. The extradition judge concluded that on this evidence, a reasonable jury, properly instructed, could find that Mr. Badesha and Ms. Sidhu hired the Indian perpetrators to kill Jaswinder. Accordingly, he committed Mr. Badesha and Ms. Sidhu on charges of conspiracy to commit murder and murder.

### III. Decisions Below

#### A. *The Minister's Surrender Decisions*

##### (1) Mr. Badesha's Surrender Order

[13] In his submissions to the Minister, Mr. Badesha argued that his surrender was unjust or oppressive under s. 44(1)(a) of the Act because (1) there was no guarantee India would honour a death penalty assurance, (2) he would not have a fair trial in India, (3) prison conditions in India rendered his surrender contrary to principles of fundamental justice, given his advanced age and health problems, and (4) there were significant weaknesses in the evidence.

[14] Commencing with the death penalty concern, the Minister stated that absent evidence of bad faith on the part of India, he was entitled to presume that the Indian authorities would honour any assurances they provided, including an assurance regarding the death penalty — and he made the surrender order contingent on receiving such an assurance.

[15] As for Mr. Badesha's right to a fair trial, the Minister was satisfied that, while there were ongoing concerns with respect to corruption and intimidation in India, there was no information before

leur famille, ils avaient proféré des menaces de mort contre Jaswinder et Sukhwinder et des appels téléphoniques avaient été faits à partir de la résidence de M. Badesha en Colombie-Britannique à certains des auteurs des crimes en Inde, à peu près au moment où le couple a été agressé. Le juge d'extradition a estimé qu'à la lumière de ces éléments de preuve, un jury raisonnable, ayant reçu les directives appropriées, pourrait conclure que M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu avaient engagé les auteurs indiens des crimes reprochés pour assassiner Jaswinder. Par conséquent, le juge a incarcéré M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu en raison des accusations de complot en vue de commettre un meurtre et de meurtre qui pesaient contre eux.

### III. Décisions des juridictions inférieures

#### A. *Les décisions du ministre en matière d'extradition*

##### (1) L'arrêté d'extradition visant M. Badesha

[13] Dans les observations qu'il a présentées au ministre, M. Badesha a fait valoir que son extradition serait injuste ou tyrannique au sens de l'al. 44(1)a) de la Loi parce que : (1) il n'y avait aucune garantie que l'Inde respecterait son assurance de ne pas appliquer la peine de mort; (2) il ne bénéficierait pas d'un procès équitable en Inde; (3) les conditions de détention en Inde faisaient en sorte que son extradition serait contraire aux principes de justice fondamentale, compte tenu de son âge avancé et de ses problèmes de santé; (4) la preuve comportait de graves lacunes.

[14] Pour ce qui est tout d'abord du souci exprimé au sujet de la peine de mort, le ministre a affirmé qu'à défaut de preuve de la mauvaise foi de l'Inde, il lui était loisible de présumer que les autorités indiennes respecteraient les assurances qu'elles donnaient, y compris celle concernant la peine de mort, et le ministre a subordonné la prise de l'arrêté d'extradition à la réception de cette assurance.

[15] En ce qui concerne le droit de M. Badesha à un procès équitable, le ministre s'est dit convaincu que, même s'il y avait encore des craintes à l'égard de la corruption et de l'intimidation en Inde, il ne

him to suggest that Mr. Badesha would be subjected to these abuses. Absent evidence to the contrary, he was entitled to assume that Mr. Badesha would receive a fair trial in India and that his surrender would not violate the principles of fundamental justice on this basis. However, as a precautionary measure, the Minister made his surrender order conditional upon India providing an assurance that it would allow Canadian officials to attend the court proceedings on request.

[16] With respect to prison conditions in India, the Minister noted that the Ministry of External Affairs of India (“MEA”) had advised Canada that the treatment and safety of inmates in prisons in Punjab, the region in which Mr. Badesha would be incarcerated, was governed by the *Punjab Jail Manual*. Under the terms of the *Manual*, medical officers are required to make frequent visits to the prisons, are on-call 24 hours a day, and are obliged to take such measures as are necessary for the maintenance of the prison and the health of inmates. The MEA further indicated to the Minister that prisons have modern equipment to provide medical treatment and that specialist doctors visit the jails to see and treat inmates.

[17] With a view to confirming this information, the Minister took the additional step of having his officials consult with the Canadian Department of Foreign Affairs on medical care in prisons located in Punjab. Based on information received from the Canadian High Commission in India, the Department of Foreign Affairs confirmed that prisons in that area had medical facilities for the basic medical care of inmates and advised that inmates requiring more specialized care were referred to hospitals and institutes.

[18] Even with this feedback, other information identifying substandard conditions in Indian prisons left the Minister concerned about Mr. Badesha’s health and safety while in prison. In view of this, he made Mr. Badesha’s surrender conditional on receipt of an assurance that India would provide

disposait d’aucun renseignement lui permettant de penser que M. Badesha serait victime de telles exactions. À défaut de preuves contraires, il lui était loisible de tenir pour acquis que M. Badesha bénéficierait d’un procès équitable en Inde et que son extradition ne violerait pas les principes de justice fondamentale pour ce motif. Toutefois, par mesure de précaution, il a assujéti la prise de son arrêté d’extradition à la condition que l’Inde donne l’assurance qu’elle permettrait à des représentants canadiens d’assister sur demande au procès.

[16] En ce qui concerne les conditions de détention en Inde, le ministre a fait observer que le ministère des Affaires extérieures de l’Inde (« MAE ») avait informé le Canada que le traitement et la sécurité des détenus des prisons du Pendjab, la région où M. Badesha serait incarcéré, étaient régis par le *Punjab Jail Manual*. Selon ce guide, des médecins sont tenus de faire des visites fréquentes dans les prisons, en plus d’être joignables en tout temps et de devoir prendre les mesures nécessaires pour l’entretien des prisons et la santé des détenus. Le MAE a également expliqué au ministre que les prisons sont dotées d’équipements modernes permettant d’offrir des soins médicaux aux détenus et que des médecins spécialistes se rendent dans les pénitenciers pour rencontrer les détenus et les soigner.

[17] Afin de confirmer ces renseignements, le ministre a entrepris des démarches supplémentaires en demandant à ses fonctionnaires de consulter le ministère canadien des Affaires étrangères au sujet des soins médicaux dispensés dans les établissements de détention au Pendjab. Selon les renseignements obtenus auprès du Haut-commissariat du Canada en Inde, le ministère des Affaires étrangères a confirmé que les prisons de cette région sont équipées pour offrir des soins médicaux de base aux détenus et que les détenus qui ont besoin de soins plus spécialisés sont envoyés dans des hôpitaux et des instituts.

[18] Malgré ces renseignements, le ministre se préoccupait toujours de la santé et de la sécurité de M. Badesha pendant qu’il serait détenu, vu les autres renseignements faisant état des piètres conditions de détention dans les prisons indiennes. Vu ces informations, le ministre a subordonné l’extradition de

Mr. Badesha with required medical care and medications, and make every reasonable effort to ensure his safety while in custody in India. He also made Mr. Badesha's surrender conditional on receipt of an assurance that India would provide immediate and unrestricted consular access to Mr. Badesha while in custody. While the assurance he received from India in this regard did not provide for "immediate and unrestricted consular access", it did provide that consular access "shall be provided as per India's obligations" under the *Vienna Convention on Consular Relations*, Can. T.S. 1974 No. 25.

[19] In the end, the Minister was confident that these assurances would be respected by the Indian authorities, because India had an interest in maintaining its extradition treaty and its "positive political relationship" with Canada. He also noted that there were tools to enforce the assurances. According to the Department of Foreign Affairs, if an extradition treaty partner were to act contrary to diplomatic assurances given to Canada, Canada could protest and take steps, including at a political level, to ensure compliance with the assurances. Other measures were also available, including the possible termination of Canada's extradition treaty with India. As well, India had a diplomatic incentive to comply with the assurances. Any failure by India in this regard could have negative implications on India's relationships with other treaty partners.

[20] The Minister found that there was abundant evidence to support India's allegations against Mr. Badesha and that there were adequate procedural and legal avenues through which Mr. Badesha could adduce defence evidence in India.

[21] The Minister also determined that Mr. Badesha's extradition was a reasonable limit on his

M. Badesha à la condition de recevoir de l'Inde l'assurance que l'on fournirait à M. Badesha les soins médicaux et les médicaments dont il avait besoin et que l'on prenne toutes les mesures raisonnables pour assurer sa sécurité au cours de sa détention en Inde. Il a également subordonné l'extradition de M. Badesha à la condition de recevoir de l'Inde l'assurance que l'on accorde à M. Badesha un accès immédiat et sans réserve à des représentants consulaires pendant sa détention. Même si l'assurance que le ministre a reçue à cet égard ne prévoyait pas un « accès immédiat et sans réserve à des représentants consulaires », elle stipulait que des services consulaires [TRADUCTION] « seront fournis conformément aux obligations de l'Inde » prévues par la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, R.T. Can. 1974 n° 25.

[19] En fin de compte, le ministre était certain que les autorités indiennes respecteraient ces assurances, parce que l'Inde avait intérêt à maintenir son traité d'extradition et sa [TRADUCTION] « relation politique positive » avec le Canada. Il a également fait observer qu'il existait des moyens de faire respecter les assurances en question. Selon le ministère des Affaires étrangères, si un des signataires du traité d'extradition agissait contrairement aux assurances diplomatiques données au Canada, ce dernier pouvait protester et prendre certaines mesures, notamment au niveau politique, pour assurer le respect des assurances données. Il existait également d'autres moyens, dont la possibilité pour le Canada de dénoncer le traité d'extradition conclu avec l'Inde. Par ailleurs, l'Inde avait intérêt, sur le plan diplomatique, à respecter les assurances données. Tout manquement de l'Inde à cet égard risquait d'avoir des conséquences négatives sur ses relations avec les autres pays signataires du traité.

[20] Le ministre a conclu qu'une preuve abondante étayait les allégations formulées par l'Inde contre M. Badesha, ajoutant que ce dernier disposait de recours légaux et procéduraux adéquats grâce auxquels il pourrait présenter des éléments de preuve à décharge dans ce pays.

[21] Le ministre a également jugé que l'extradition de M. Badesha constituait une limite raisonnable à

s. 6(1) right to remain in Canada under the *Charter*. He noted that “much, if not all” of the evidence needed to prosecute Mr. Badesha was available in India. Furthermore, it was in India’s interests to prosecute Mr. Badesha for the alleged crime — an honour killing — and the impact of the crime was felt most acutely in India.

[22] In sum, the Minister concluded that Mr. Badesha’s surrender would not violate the principles of fundamental justice contrary to s. 7 of the *Charter* or unjustifiably infringe s. 6(1) of the *Charter*. Further, considering the case as a whole, which included the serious nature of the alleged crime and India’s strong interest in pursuing it on Indian soil, Mr. Badesha’s surrender would not otherwise be unjust or oppressive.

(2) Ms. Sidhu’s Surrender Order

[23] Ms. Sidhu argued that her surrender was unjust or oppressive under s. 44(1)(a) of the Act because (1) there was no guarantee India would honour a death penalty assurance, (2) there were reports of custodial violence and torture in India, (3) Ms. Sidhu’s personal situation, including her health problems, would render her surrender contrary to s. 7 of the *Charter*, (4) there were significant weaknesses in the evidence, and (5) there was a delay on the part of India in seeking Ms. Sidhu’s extradition.

[24] The Minister stated that in the absence of evidence of bad faith on the part of India, he was entitled to presume that the Indian authorities would honour any assurances they provided, including an assurance regarding the death penalty — and he made the surrender order conditional on receiving such an assurance.

[25] As for Ms. Sidhu’s safety concerns, the Minister was satisfied that the Indian government was committed to addressing the problem of violence and torture in its prisons. Nonetheless, he acknowledged that the reports of torture and mistreatment

son droit garanti au par. 6(1) de la *Charte* de demeurer au Canada. Il a signalé qu’[TRADUCTION] « une grande partie, sinon la totalité » des éléments de preuve nécessaires pour poursuivre M. Badesha étaient disponibles en Inde. De plus, il était dans l’intérêt de l’Inde de poursuivre M. Badesha pour le crime qui lui était reproché, un crime d’honneur, d’autant plus que l’impact de ce crime se faisait ressentir plus vivement en Inde.

[22] En somme, le ministre a conclu que l’extradition de M. Badesha ne violerait pas les principes de justice fondamentale en contravention de l’art. 7 de la *Charte* ou ne porterait pas atteinte de manière injustifiée au par. 6(1) de la *Charte*. De plus, compte tenu de l’affaire dans son ensemble, notamment de la gravité du crime reproché et de l’intérêt manifeste de l’Inde à ce que ce crime soit jugé en territoire indien, l’extradition de M. Badesha ne serait par ailleurs ni injuste ni tyrannique.

(2) L’arrêté d’extradition visant M<sup>me</sup> Sidhu

[23] M<sup>me</sup> Sidhu a soutenu que son extradition serait injuste ou tyrannique au sens de l’al. 44(1)a) de la Loi parce que : (1) il n’y avait aucune garantie que l’Inde respecterait son assurance de ne pas appliquer la peine de mort; (2) des rapports faisaient état de cas de violence et de torture à l’endroit de personnes détenues en Inde; (3) la situation personnelle de M<sup>me</sup> Sidhu, notamment ses problèmes de santé, ferait en sorte que son extradition soit contraire à l’art. 7 de la *Charte*, (4) la preuve comportait de graves lacunes; (5) l’Inde a tardé à demander l’extradition de M<sup>me</sup> Sidhu.

[24] Le ministre a affirmé que, faute de preuve de la mauvaise foi de l’Inde, il lui était loisible de présumer que les autorités indiennes respecteraient les assurances qu’elles donnaient, y compris celle de ne pas appliquer la peine de mort, et le ministre a subordonné la prise de l’arrêté d’extradition à la réception de cette assurance.

[25] En ce qui concerne les craintes exprimées par M<sup>me</sup> Sidhu au sujet de sa sécurité, le ministre s’est dit convaincu que les autorités indiennes étaient résolues à s’attaquer au problème de la violence et de la torture dans leurs établissements carcéraux.

in Indian prisons submitted by Ms. Sidhu raised serious concerns with respect to the safety of inmates in Indian custody, particularly female inmates. In the end, however, he determined that Ms. Sidhu's surrender would not be unjust or oppressive provided that it was made conditional on assurances that India would make reasonable efforts to ensure her safety while in Indian custody and that India would provide immediate and unrestricted consular access to her upon request. As regards consular access, the Minister received the same assurance from India that he received in respect of Mr. Badesha.

[26] The Minister also made Ms. Sidhu's surrender conditional on receipt of an assurance from India that Ms. Sidhu would receive needed medical care and medications while she remained in custody. He was satisfied that India had the ability to comply with that assurance on the basis of information provided by the MEA and the Canadian Department of Foreign Affairs. The Minister further noted that the same tools which were available to enforce the assurances provided for Mr. Badesha were available for Ms. Sidhu.

[27] As for the strength of the case against Ms. Sidhu, the Minister determined that there was sufficient evidence to support India's allegations against Ms. Sidhu and that there were adequate procedural and legal avenues through which Ms. Sidhu could adduce evidence in India.

[28] With respect to the delay in seeking Ms. Sidhu's surrender, the Minister found that the Indian authorities pursued Ms. Sidhu's extradition in good faith and with reasonable diligence.

[29] The Minister also determined that Ms. Sidhu's extradition was a reasonable limit on her s. 6(1) right to remain in Canada under the *Charter*

Il a toutefois reconnu que les cas de torture et de mauvais traitements dans les prisons indiennes cités par M<sup>me</sup> Sidhu soulevaient de graves préoccupations en ce qui concerne la sécurité des détenus dans les prisons indiennes, en particulier celle des détenues. Il a toutefois estimé, en fin de compte, que l'extradition de M<sup>me</sup> Sidhu ne serait pas injuste ou tyrannique, à condition que l'Inde donne l'assurance de prendre des mesures raisonnables pour assurer sa sécurité pendant sa détention en Inde et qu'on lui accorde, à sa demande, un accès immédiat et sans réserve à des représentants consulaires. Pour ce qui est de l'accès aux services consulaires, le ministre a reçu de l'Inde la même assurance que celle qu'il avait obtenue au sujet de M. Badesha.

[26] Le ministre a également subordonné l'extradition de M<sup>me</sup> Sidhu à la condition de recevoir de l'Inde l'assurance que M<sup>me</sup> Sidhu recevrait les soins médicaux et les médicaments dont elle aurait besoin pendant sa période de détention. Il s'est dit convaincu que l'Inde avait la capacité de respecter cette assurance, à la lumière des renseignements fournis par le MAE et le ministère canadien des Affaires étrangères. Le ministre a également fait observer qu'il existait, dans le cas de M<sup>me</sup> Sidhu, les mêmes recours que ceux dont on pouvait se prévaloir pour faire respecter les assurances données dans le cas de M. Badesha.

[27] En ce qui concerne la solidité de la preuve contre M<sup>me</sup> Sidhu, le ministre a décidé qu'une preuve suffisante appuyait les allégations formulées par l'Inde contre M<sup>me</sup> Sidhu et que cette dernière disposait de recours procéduraux et légaux adéquats lui permettant de présenter des éléments de preuve en Inde.

[28] Pour ce qui est du retard des autorités indiennes à demander l'extradition de M<sup>me</sup> Sidhu, le ministre a conclu qu'elles l'avaient fait de bonne foi et avec diligence raisonnable.

[29] Le ministre a par ailleurs jugé que l'extradition de M<sup>me</sup> Sidhu constituait une limite raisonnable à son droit garanti au par. 6(1) de la *Charte* de

essentially for the same reasons he adopted in Mr. Badesha's case.

[30] In the end, the Minister concluded that Ms. Sidhu's surrender would not violate the principles of fundamental justice contrary to s. 7 of the *Charter* or unjustifiably infringe s. 6(1) of the *Charter*. Further, considering the case as a whole, which included the serious nature of the alleged crime and India's strong interest in pursuing it on Indian soil, Ms. Sidhu's surrender would not otherwise be unjust or oppressive.

B. *The Court of Appeal for British Columbia*, 2016 BCCA 88, 4 *Admin. L.R.* (6th) 280

(1) The Majority Judgment (Donald J.A., Newbury J.A. Concurring)

[31] A majority of the Court of Appeal concluded that it was unreasonable for the Minister to find that surrendering Mr. Badesha and Ms. Sidhu would not be unjust or oppressive in the circumstances. While recognizing that the Minister's decision was subject to a standard of reasonableness, the majority maintained that for the Minister to reasonably accept diplomatic assurances from a requesting state, the assurances had to "address meaningfully the risks that they are intended to mitigate": para. 37.

[32] The majority noted that there was a "valid basis for concern" that Mr. Badesha and Ms. Sidhu would be subjected to violence, torture or neglect in India if surrendered (para. 50). In the opinion of the majority, the Minister failed to consider whether the assurances regarding Mr. Badesha's and Ms. Sidhu's health and safety meaningfully responded to this concern. The assurances amounted to promises that the laws protecting prisoners in India would protect Mr. Badesha and Ms. Sidhu from mistreatment. However, the reports submitted by Mr. Badesha and Ms. Sidhu documented human rights abuses that had occurred under these same laws. The Minister did not consider what steps India was planning to take to mitigate the risk of violence and neglect

demeurer au Canada, essentiellement pour les mêmes motifs que ceux qu'il avait exposés dans le cas de M. Badesha.

[30] En dernière analyse, le ministre a conclu que l'extradition de M<sup>me</sup> Sidhu ne violerait pas les principes de justice fondamentale en contravention de l'art. 7 de la *Charte* ou ne porterait pas indûment atteinte au par. 6(1) de la *Charte*. De plus, compte tenu de l'affaire dans son ensemble, notamment de la gravité du crime reproché et de l'intérêt manifeste qu'avait l'Inde à ce que le crime soit jugé sur son territoire, le ministre a conclu que l'extradition de M<sup>me</sup> Sidhu ne serait pas par ailleurs injuste ou tyrannique.

B. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique*, 2016 BCCA 88, 4 *Admin. L.R.* (6th) 280

(1) Le jugement de la majorité (le juge Donald, avec l'appui de la juge Newbury)

[31] La Cour d'appel a conclu, à la majorité, qu'il était déraisonnable de la part du ministre de conclure que l'extradition de M. Badesha et de M<sup>me</sup> Sidhu ne serait pas injuste ou tyrannique dans les circonstances. Tout en reconnaissant que la décision du ministre était assujettie à la norme de la décision raisonnable, la majorité a maintenu que, pour qu'il puisse raisonnablement accepter les assurances diplomatiques de l'État requérant, les assurances devaient [TRADUCTION] « contrer véritablement le risque qu'elles sont censées atténuer » (par. 37).

[32] Les juges majoritaires ont fait observer qu'il y avait une [TRADUCTION] « raison valable de craindre » que M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu soient victimes de violences, de torture ou de négligence en Inde s'ils étaient livrés aux autorités indiennes (par. 50). De l'avis des juges majoritaires, le ministre ne s'est pas demandé si les assurances données relativement à la santé et à la sécurité de M. Badesha et de M<sup>me</sup> Sidhu répondaient véritablement à cette préoccupation. Les assurances données équivalaient à des promesses que les lois protégeant les prisonniers en Inde protégeraient M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu contre de mauvais traitements. Toutefois, les rapports présentés par M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu faisaient état de violations des droits de la personne qui s'étaient produites en



that Mr. Badesha and Ms. Sidhu would accordingly face despite the existence of these laws. He therefore failed to take into account India's capacity to fulfill the assurances regarding Mr. Badesha's and Ms. Sidhu's health and safety. The only realistic protection the assurances gave against the risk of torture or mistreatment was consular monitoring, which the majority dismissed as an inadequate safeguard. In the final analysis, the majority concluded that "the assurances in this case regarding health and safety could not be reasonably accepted" and that the Minister's decision was therefore unreasonable in the circumstances: para. 69.

(2) The Minority Judgment (Goepel J.A.)

[33] Goepel J.A., writing in dissent, held that the Minister's decision to order the surrenders of Mr. Badesha and Ms. Sidhu was not unreasonable given the assurances provided by India.

[34] Goepel J.A. disagreed with the majority that the Minister erred in failing to appreciate that India's assurances did not meaningfully address the health and safety risks faced by Mr. Badesha and Ms. Sidhu. The Minister reviewed information provided by India's MEA and the Canadian Department of Foreign Affairs, which detailed the availability of medical treatment in India's prisons. In his reasons for Ms. Sidhu's surrender, the Minister concluded that based on this information, India had the ability to comply with its assurances. The Minister was satisfied that India was committed to addressing the problem of violence and torture in Indian prisons. He also considered the diplomatic incentive for India to comply with the assurances and that India and Canada's relationship as extradition partners had value to both parties. Given these considerations, it could not be said that the Minister failed to address India's capacity to fulfill its

dépit de ces lois. Le ministre ne s'est pas demandé quelles mesures l'Inde prévoyait prendre pour atténuer les risques de violence et de négligence auxquels seraient par conséquent exposés M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu malgré l'existence de ces lois. Il n'a donc pas tenu compte de la capacité de l'Inde de respecter les assurances données à propos de la santé et de la sécurité de M. Badesha et de M<sup>me</sup> Sidhu. La seule protection réaliste que les assurances donnaient contre le risque de torture ou de mauvais traitements était le contrôle consulaire, que la majorité a écarté, le considérant comme une garantie insuffisante. En dernière analyse, les juges majoritaires ont conclu que [TRADUCTION] « les assurances données en l'espèce au sujet de la santé et de la sécurité ne peuvent être raisonnablement acceptées » et que la décision du ministre était donc déraisonnable dans les circonstances (par. 69).

(2) Les motifs minoritaires (le juge Goepel)

[33] Le juge Goepel, dissident, a conclu que la décision du ministre d'ordonner l'extradition de M. Badesha et de M<sup>me</sup> Sidhu n'était pas déraisonnable eu égard aux assurances données par l'Inde.

[34] Le juge Goepel s'est inscrit en faux contre l'opinion de la majorité selon laquelle le ministre avait commis une erreur en ne considérant pas que les assurances données par l'Inde ne contraient pas véritablement les risques pour la santé et la sécurité que couraient M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu. Le ministre a pris connaissance des renseignements fournis par le MAE de l'Inde et le ministère canadien des Affaires étrangères, dans lesquels étaient expliqués en détail les services médicaux offerts dans les établissements carcéraux de l'Inde. Dans les motifs de son arrêté d'extradition visant M<sup>me</sup> Sidhu, le ministre concluait, sur la foi de cette information, que l'Inde avait la capacité de respecter ses assurances. Le ministre était convaincu que l'Inde était déterminée à s'attaquer au problème de la violence et de la torture dans les prisons indiennes. Il avait également tenu compte du fait que l'Inde avait intérêt, sur le plan diplomatique, à respecter les assurances données et de la valeur

assurances regarding Mr. Badesha and Ms. Sidhu's health and safety.

#### IV. Analysis

##### A. *General Principles of Extradition Law*

[35] It is a basic principle of extradition law that when a person is alleged to have committed a crime in another country, he or she should expect to be answerable to that country's justice system: *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, at para. 72. As Cromwell J. stated in *M.M. v. United States of America*, 2015 SCC 62, [2015] 3 S.C.R. 973, extradition is "the process by which one state assists another in putting that principle into practice": para. 14. The Act implements Canada's international obligations under extradition treaties to surrender persons for prosecution, or to serve sentences imposed, in another country: *M.M.*, at para. 14. The extradition process is founded on principles of "reciprocity, comity and respect for differences in other jurisdictions": *Canada (Justice) v. Fischbacher*, 2009 SCC 46, [2009] 3 S.C.R. 170, at para. 51, quoting *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 844.

[36] The Act does not merely fulfill Canada's international obligations. It also serves pressing and substantial domestic objectives. It protects the public against crime through its investigation, it brings fugitives to justice for the proper determination of their criminal liability, and it ensures — through international cooperation — "that national boundaries do not serve as a means of escape from the rule of law": *M.M.*, at para. 15, citing *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609, at para. 10.

[37] That being said, the extradition process also protects the rights of the person sought. At each stage

accordée par le Canada et l'Inde à leur relation en tant que partenaires. Étant donné ces considérations, on ne pouvait affirmer que le ministre n'avait pas tenu compte de la capacité de l'Inde de respecter ses assurances en ce qui concerne la santé et la sécurité de M. Badesha et de M<sup>me</sup> Sidhu.

#### IV. Analyse

##### A. *Principes généraux du droit de l'extradition*

[35] Tout régime d'extradition repose sur le principe élémentaire selon lequel une personne à qui on reproche d'avoir commis un crime dans un autre pays doit s'attendre à devoir répondre de sa conduite devant la justice de ce pays (*États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 72). Ainsi que le juge Cromwell l'a expliqué dans l'arrêt *M.M. c. États-Unis d'Amérique*, 2015 CSC 62, [2015] 3 R.C.S. 973, l'extradition est « la mesure par laquelle un État collabore avec un autre dans l'application de ce principe » (par. 14). La Loi met en œuvre les obligations internationales auxquelles le Canada s'est engagé aux termes de traités d'extradition et qui consistent à extraditer une personne afin qu'elle soit poursuivie par la justice d'un autre pays ou qu'elle y purge la peine à laquelle elle y est condamnée (*M.M.*, par. 14). La procédure d'extradition repose sur les principes de « réciprocité, de courtoisie et de respect des différences dans d'autres ressorts » (*Canada (Justice) c. Fischbacher*, 2009 CSC 46, [2009] 3 R.C.S. 170, par. 51, citant *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, p. 844).

[36] La Loi n'a pas seulement pour objet de remplir les obligations internationales du Canada. Elle répond aussi à des objectifs internes urgents et réels. Elle protège le public contre le crime par la tenue d'enquêtes, elle permet de traduire en justice les fugitifs pour statuer régulièrement sur leur responsabilité criminelle et, grâce à la collaboration internationale, elle « empêch[e] que le franchissement des frontières nationales permette à une personne de se soustraire à la justice » (*M.M.*, par. 15, citant l'arrêt *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609, par. 10).

[37] Cela dit, la procédure d'extradition protège également les droits de l'intéressé. À chaque étape

of the process, including the Minister's decision to order the person's surrender to its treaty partner, there is a careful balancing of the broader purposes of the Act with the individual's rights and interests: *M.M.*, at para. 16.

[38] Where a person's surrender offends the principles of fundamental justice enshrined in s. 7 of the *Charter*, the Minister must refuse the person's extradition. In extradition cases, s. 7 of the *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as found in Canada's international commitments regarding non-*refoulement* to torture or other gross human rights violations: see *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157, at para. 23. Extraditing a person to another state where there are substantial grounds for believing that he or she would be in danger of being subjected to torture is prohibited under art. 3(1) of the *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Can. T.S. 1987 No. 36 ("CAT"). It follows that in the extradition context, surrendering a person to face a substantial risk of torture or mistreatment in the requesting state will violate the principles of fundamental justice.

#### B. *Standard of Review*

[39] The Minister's decision to order the surrender of a person falls "at the extreme legislative end of the *continuum* of administrative decision-making" and is seen as "largely political in nature": *Lake*, at para. 22, quoting *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at p. 659; *Sriskandarajah*, at para. 11. Given the Minister's superior expertise in Canada's international relations and foreign affairs, he or she is in the best position to determine whether the factors weigh in favour of or against extradition: *Lake*, at para. 41. The Minister's decision to order surrender is therefore subject to review on a standard of reasonableness. As this Court noted in *Lake*:

The reviewing court's role is not to re-assess the relevant factors and substitute its own view. Rather, the court must determine whether the Minister's decision

de la procédure, y compris celle à laquelle le ministre décide de livrer une personne à son partenaire, on doit atteindre un juste équilibre entre les objectifs généraux de la Loi et les droits et les intérêts de l'intéressé (*M.M.*, par. 16).

[38] Lorsque l'extradition d'une personne enfreint les principes de justice fondamentale consacrés à l'art. 7 de la *Charte*, le ministre doit la refuser. Dans les cas d'extradition, il faut présumer que l'art. 7 de la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les engagements internationaux pris par le Canada à l'égard du non-refoulement impliquant un risque de torture ou d'autres violations flagrantes des droits de la personne (voir *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 23). Le paragraphe 3(1) de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, R.T. Can. 1987 n° 36 (« CCT »), interdit d'extrader une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. Il s'ensuit que, dans le contexte de l'extradition, extrader une personne qui court un risque sérieux de torture ou de mauvais traitements dans l'État requérant viole les principes de justice fondamentale.

#### B. *Norme de contrôle*

[39] La décision du ministre d'ordonner l'extradition d'une personne se situe « à l'extrême limite législative du processus décisionnel administratif » et revêt « essentiellement un caractère politique » (*Lake*, par. 22, citant *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 659; *Sriskandarajah*, par. 11). Vu l'expertise supérieure du ministre dans les relations internationales et les affaires étrangères du Canada, il est le mieux placé pour décider si les facteurs militent ou non en faveur de l'extradition (*Lake*, par. 41). La décision du ministre d'ordonner l'extradition de la personne est par conséquent susceptible de contrôle suivant la norme de la décision raisonnable. Comme notre Cour l'a fait observer dans l'arrêt *Lake* :

Il n'appartient pas à la cour de révision de substituer sa propre appréciation des considérations pertinentes. Cette cour doit plutôt déterminer si la décision du ministre se

falls within a range of reasonable outcomes. To apply this standard in the extradition context, a court must ask whether the Minister considered the relevant facts and reached a defensible conclusion based on those facts. [para. 41]

### C. Section 44(1)(a) of the Act

[40] The Minister’s discretion to order a person’s surrender is subject to restrictions set out in the Act. Section 44(1)(a) reads as follows:

The Minister shall refuse to make a surrender order if the Minister is satisfied that

- (a) the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances;

[41] Given the mandatory nature of s. 44(1)(a), the Minister must balance all the relevant circumstances to determine whether the surrender is unjust or oppressive: *Fischbacher*, at para. 37. The circumstances that will be relevant will vary depending on the facts and context of each case: para. 38. Although it is the Minister who considers and weighs all the relevant circumstances to determine whether the surrender would be “unjust or oppressive”, the person sought for extradition bears the burden of demonstrating that such circumstances exist: *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, at para. 72. If the Minister is satisfied that a person’s surrender would be unjust or oppressive, he must refuse the surrender and has “no discretion” to give effect to a treaty obligation to extradite the person: para. 69.

[42] Where a person sought for extradition faces a substantial risk of torture or mistreatment in the receiving state, his or her surrender will violate the principles of fundamental justice and the Minister must refuse surrender under s. 44(1)(a). But where there is no substantial risk of torture or mistreatment and where the surrender is *Charter* compliant, the Minister must nonetheless refuse the surrender if he or she is satisfied that, in the whole of the circumstances, it would be otherwise unjust or oppressive.

situe dans le cadre des solutions raisonnables possibles. La cour qui applique cette norme dans le contexte d’une demande d’extradition doit alors déterminer si le ministre a tenu compte des faits pertinents et tiré une conclusion susceptible de se justifier au regard de ces faits. [par. 41]

### C. Alinéa 44(1)a de la Loi

[40] Le pouvoir discrétionnaire du ministre d’extrader une personne est assujéti à des restrictions qui sont énoncées dans la Loi. L’alinéa 44(1)a dispose :

Le ministre refuse l’extradition s’il est convaincu que :

- a) soit l’extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances;

[41] Vu le caractère impératif de l’al. 44(1)a, le ministre est tenu de mettre en balance toutes les circonstances pertinentes pour décider si l’extradition serait injuste ou tyrannique (*Fischbacher*, par. 37). Les circonstances pertinentes varient selon les faits et le contexte de chaque affaire (par. 38). Bien que ce soit le ministre qui prend en considération et soupèse toutes les circonstances pour juger si l’extradition serait « injuste ou tyrannique », c’est à l’intéressé qu’il incombe de démontrer l’existence de telles circonstances (*Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, par. 72). Si le ministre est convaincu que l’extradition d’une personne serait injuste ou tyrannique, il doit la refuser et il n’a « aucun pouvoir discrétionnaire » de donner effet à l’obligation découlant d’un traité d’extrader la personne (par. 69).

[42] Lorsque l’intéressé court un risque sérieux d’être torturé ou maltraité dans l’État d’accueil, son extradition viole les principes de justice fondamentale et le ministre doit refuser son extradition en vertu de l’al. 44(1)a. Mais lorsqu’il n’y a pas de risque sérieux de torture ou de mauvais traitements et que l’extradition respecte la *Charte*, le ministre doit néanmoins refuser l’extradition s’il est convaincu que, compte tenu des circonstances dans leur ensemble, l’extradition serait par ailleurs injuste ou tyrannique.

(1) Section 44(1)(a) of the Act and Section 7 of the Charter

[43] The s. 44(1)(a) inquiry may require the Minister to consider whether the surrender would violate s. 7 of the *Charter*. Under s. 7, “[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.” Where the surrender is found to be contrary to the principles of fundamental justice protected by s. 7, it will also be unjust or oppressive under s. 44(1)(a) and the Minister must refuse to make a surrender order: *Lake*, at para. 24; *M.M.*, at para. 115. Central to this appeal is whether Mr. Badesha and Ms. Sidhu face a substantial risk of torture or mistreatment in India that would render their surrenders unjust or oppressive under s. 44(1)(a). The question for this Court is whether it was reasonable for the Minister, in the circumstances, to conclude that, on the basis of the assurances he received from the Indian government, there was no substantial risk of torture or mistreatment which would offend the principles of fundamental justice.

[44] In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, the Court stated that the Minister’s assessment of whether the potential deportee faces a substantial risk of torture is a “fact-driven inquiry”, which requires consideration of the human rights record of the receiving state, among other factors: para. 39. In the extradition context, when evaluating whether there is a substantial risk of torture or mistreatment in the requesting state, it logically follows that the Minister can consider evidence of the general human rights situation in that state, which may include reports from reputable government and non-governmental organizations: see, e.g., *Chahal v. United Kingdom* (1996), 23 E.H.R.R. 413, at paras. 99-100; *Said v. the Netherlands*, July 5, 2005, *Reports* 2005-VI, at para. 54. Accordingly, I am unable to accept Goepel J.A.’s statement in his dissenting reasons that evidence of systemic human rights abuses in a receiving state amounts to a general indictment of that state’s justice system and is thus an “unsatisfactory underpinning

(1) Alinéa 44(1)a) de la Loi et art. 7 de la Charte

[43] L’examen auquel le ministre procède en application de l’al. 44(1)a) peut l’obliger à vérifier si l’extradition violerait l’art. 7 de la *Charte*. Selon l’art. 7, « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Dès lors que le ministre conclut qu’elle est contraire aux principes de justice fondamentale protégés par l’art. 7, l’extradition est forcément injuste ou tyrannique au sens de l’al. 44(1)a) et le ministre doit refuser de prendre un arrêté d’extradition (*Lake*, par. 24; *M.M.*, par. 115). La question au cœur du présent pourvoi est de savoir si M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu courent un risque sérieux d’être torturés ou de subir de mauvais traitements en Inde, ce qui rendrait leur extradition injuste ou tyrannique au sens de l’al. 44(1)a). La question à laquelle notre Cour doit répondre est de savoir si, dans les circonstances, il était raisonnable de la part du ministre de conclure, sur la foi des assurances qu’il avait reçues des autorités indiennes, qu’il n’y avait pas de risque sérieux de torture ou de mauvais traitements qui contreviendrait aux principes de justice fondamentale.

[44] Dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, la Cour a déclaré que l’appréciation par le ministre de la question de savoir si la personne susceptible d’être expulsée court un risque sérieux de torture « dépend en grande partie des faits » et qu’elle exige que l’on tienne compte notamment des antécédents de l’État d’accueil en matière de respect des droits de la personne (par. 39). Dans le contexte de l’extradition, lorsqu’on décide s’il existe un risque sérieux de torture ou de mauvais traitements dans l’État requérant, il s’ensuit logiquement que le ministre peut tenir compte d’éléments de preuve portant sur la situation générale de ce pays en matière de respect des droits de la personne, et notamment des rapports établis par des organismes gouvernementaux et des organisations non gouvernementales dignes de confiance (voir, p. ex., *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93, 15 novembre 1996 (HUDOC), par. 99-100; *Said c. Pays-Bas*, 5 juillet 2005, *Recueil* 2005-VI, par. 54). Par conséquent, je ne puis

for finding that an individual's s. 7 *Charter* rights will be violated if surrendered": C.A. reasons, at para. 125. With respect, I believe this statement is too sweeping in nature.

[45] The Attorney General of Canada contends that "generic evidence" of human rights conditions in the receiving state cannot establish, on its own, that the person sought faces a substantial risk of torture or mistreatment. With respect, I disagree. The assessment of substantial risk decidedly requires that the Minister consider the "personal risk" faced by an individual: *Suresh*, at para. 39. But I would not foreclose the possibility that there may be cases in which general evidence of pervasive and systemic human rights abuses in the receiving state can form the basis for a finding that the person sought faces a substantial risk of torture or mistreatment.

## (2) Diplomatic Assurances

[46] In assessing whether there is a substantial risk of torture or mistreatment, diplomatic assurances regarding the treatment of the person sought may be taken into account by the Minister: *Suresh*, at para. 39. In certain cases, the Minister may be satisfied that assurances are required so that the person sought for extradition does not face a substantial risk of torture or mistreatment, which would offend the principles of fundamental justice. Where the Minister has determined that such a risk of torture or mistreatment exists and that assurances are therefore needed, the reviewing court must consider whether the Minister has reasonably concluded that, based on the assurances provided, there is no substantial risk of torture or mistreatment. In this regard, I would emphasize that diplomatic assurances need not eliminate any possibility of torture or mistreatment; they must simply form

accepter l'affirmation faite par le juge Goepel dans ses motifs dissidents selon laquelle la preuve de violations systématiques des droits de la personne dans un État d'accueil revient à critiquer généralement le système de justice de cet État et, par conséquent, [TRADUCTION] « sous-tend de façon insatisfaisante la conclusion qu'il y aura violation des droits garantis à une personne par l'art. 7 de la *Charte* si elle est extradée » (motifs de la C.A., par. 125). Avec égards, cette affirmation me paraît trop tranchée.

[45] Le procureur général du Canada prétend que [TRADUCTION] « des éléments de preuve généraux » portant sur la situation des droits de la personne dans l'État d'accueil ne peuvent établir, à eux seuls, que l'intéressé court un risque sérieux de torture ou de mauvais traitements. Soit dit en tout respect, je ne suis pas de cet avis. L'évaluation du risque sérieux d'être torturé exige incontestablement que le ministre tienne compte des « risques personnels » que court l'individu concerné (*Suresh*, par. 39). Mais je n'écarterais pas la possibilité qu'il existe des situations dans lesquelles une preuve générale de violations systématiques et généralisées des droits de la personne dans l'État d'accueil permet de conclure que l'intéressé court un risque sérieux de torture ou de mauvais traitements.

## (2) Les assurances diplomatiques

[46] Pour décider s'il existe un risque sérieux de torture ou de mauvais traitements, le ministre peut tenir compte des assurances diplomatiques données au sujet du traitement de l'intéressé (*Suresh*, par. 39). Dans certains cas, le ministre peut être convaincu qu'il est nécessaire d'obtenir des assurances pour éviter que l'intéressé coure un risque sérieux de torture ou de mauvais traitements qui contreviendrait aux principes de justice fondamentale. Lorsque le ministre estime qu'un tel risque sérieux de torture ou de mauvais traitements existe et qu'il est donc nécessaire que des assurances diplomatiques soient fournies, le tribunal de révision doit décider si c'est à raison que le ministre a conclu, sur la foi des assurances fournies, qu'il n'y a pas de risque sérieux de torture ou de mauvais traitements. À cet égard, je tiens à souligner qu'il n'est pas nécessaire que les assurances diplomatiques écartent

a reasonable basis for the Minister's finding that there is no substantial risk of torture or mistreatment.

[47] In *Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom*, No. 8139/09, ECHR 2012-I, the European Court of Human Rights ("ECHR") examined whether the deportation of Mr. Qatada, which was made conditional on diplomatic assurances, was consistent with art. 3(1) of the *CAT*, which prevents expulsion where substantial grounds have been shown for believing that the person, if deported, faces a "real risk" of being subjected to ill-treatment: para. 185. The ECHR found that the proper inquiry to be conducted to determine whether the deportation is consistent with art. 3(1) is "whether the assurances obtained in a particular case are sufficient to remove any real risk of ill-treatment": para. 186.

[48] The reliability of diplomatic assurances depends crucially on the circumstances of the particular case. In *Suresh*, this Court stressed that a contextual approach should be taken when determining the reliability of assurances. The Court cautioned that assurances regarding the death penalty are easier to monitor and more reliable than those regarding torture: "We would signal the difficulty in relying too heavily on assurances by a state that it will refrain from torture in the future when it has engaged in illegal torture or allowed others to do so on its territory in the past" (para. 124). Ultimately, however, the weight to be given to assurances involves the consideration of multiple factors. In evaluating the reliability of assurances, the Minister may take into account

the human rights record of the government giving the assurances, the government's record in complying with its assurances, and the capacity of the government to fulfill the assurances, particularly where there is doubt about the government's ability to control its security forces. [*Suresh*, at para. 125]

[49] In *Othman*, the ECHR took a similar contextual approach to determining the reliability of assurances:

toute possibilité de torture ou de mauvais traitements; elles doivent simplement donner au ministre un motif raisonnable de conclure qu'il n'y a aucun risque sérieux de torture ou de mauvais traitements.

[47] Dans l'affaire *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09, CEDH 2012-I, la Cour européenne des droits de l'homme (« CEDH ») s'est demandé si l'expulsion de M. Qatada, laquelle avait été subordonnée à l'obtention d'assurances diplomatiques, respectait le par. 3(1) de la *CCT*, qui interdit l'expulsion lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un « risque réel » d'être soumis à de mauvais traitements (par. 185). La CEDH a conclu que la question qu'il convenait de se poser pour juger si l'expulsion respectait le par. 3(1) était de savoir « si les assurances obtenues dans un cas donné sont suffisantes pour lever tout risque réel de mauvais traitements » (par. 186).

[48] La fiabilité des assurances diplomatiques dépend essentiellement des circonstances de l'espèce. Dans l'arrêt *Suresh*, notre Cour a souligné qu'il convenait d'adopter une approche contextuelle pour déterminer la fiabilité des assurances diplomatiques. La Cour a signalé que les assurances portant sur la peine de mort étaient plus faciles à vérifier et plus dignes de foi que celles portant sur la torture : « Nous tenons à souligner le problème que crée le fait d'accorder trop de poids à l'assurance donnée par un État qu'il n'aura pas recours à la torture à l'avenir, alors que par le passé il s'y est livré illégalement ou a permis que d'autres s'y livrent sur son territoire » (par. 124). En dernière analyse, toutefois, la valeur à accorder aux assurances fournies fait intervenir une foule de facteurs. Ainsi, pour évaluer la fiabilité des assurances données, le ministre peut tenir compte

des antécédents de ce gouvernement en matière de respect des droits de la personne, de la mesure dans laquelle il s'est conformé dans le passé à de telles assurances et de sa capacité de le faire, plus particulièrement lorsqu'il n'est pas certain qu'il soit en mesure de contrôler ses forces de sécurité. [*Suresh*, par. 125]

[49] Dans l'arrêt *Othman*, la CEDH a adopté une approche contextuelle semblable pour se prononcer sur la fiabilité des assurances :

. . . assurances are not in themselves sufficient to ensure adequate protection against the risk of ill-treatment. There is an obligation to examine whether assurances provide, in their practical application, a sufficient guarantee that the applicant will be protected against the risk of ill-treatment. The weight to be given to assurances from the receiving State depends, in each case, on the circumstances prevailing at the material time . . . [Emphasis added; para. 187.]

[50] The ECHR noted in *Othman* that the threshold question when evaluating the weight to be given to assurances is

whether the general human rights situation in the receiving State excludes accepting any assurances whatsoever. However, it will only be in rare cases that the general situation in a country will mean that no weight at all can be given to assurances . . .

More usually, the Court will assess, firstly, the quality of the assurances given and, secondly, whether, in light of the receiving State's practices, they can be relied upon. [paras. 188-89]

[51] The ECHR set out a detailed list of contextual factors to be examined when assessing the reliability of diplomatic assurances. Many of these factors may be considered by Canadian courts. To be clear, these factors are not exhaustive and their relevance will depend on the circumstances of the particular case:

1. Whether the assurances are specific or are general and vague;
2. Who has given the assurances and whether that person can bind the receiving state;
3. If the assurances have been issued by the central government of the receiving state, whether local authorities can be expected to abide by them;
4. Whether the assurances concern treatment which is legal or illegal in the receiving state;

. . . les assurances ne sont pas en elles-mêmes suffisantes pour garantir une protection satisfaisante contre le risque de mauvais traitements : il faut absolument vérifier qu'elles prévoient, dans leur application pratique, une garantie suffisante que le requérant sera protégé contre le risque de mauvais traitements. En outre, le poids à leur accorder dépend, dans chaque cas, des circonstances prévalant à l'époque considérée . . . [Je souligne; par. 187.]

[50] La CEDH a fait observer, dans *Othman*, que la première question qui se pose au moment de déterminer le poids à accorder aux assurances est

celle de savoir si la situation générale en matière de droits de l'homme dans l'État d'accueil n'est pas telle qu'il doit être exclu d'accepter quelque assurance que ce soit de sa part. Ce n'est cependant que dans de rares cas que la situation générale dans un pays donné implique que l'on ne puisse accorder absolument aucun poids aux assurances qu'il fournit . . .

Le plus souvent, la Cour apprécie d'abord la qualité des assurances données puis, à la lumière des pratiques de l'État d'accueil, elle évalue leur fiabilité. [par. 188-189]

[51] La CEDH a dressé une liste détaillée de facteurs contextuels qu'il faut examiner pour apprécier la fiabilité des assurances diplomatiques. Les tribunaux canadiens peuvent prendre en considération un grand nombre d'entre eux. Il importe de préciser que ces facteurs ne sont pas exhaustifs et que leur pertinence dépend, dans chaque cas, des circonstances. Les voici :

1. le caractère soit précis soit général et vague des assurances;
2. l'auteur des assurances et sa capacité ou non à engager l'État d'accueil;
3. dans les cas où les assurances ont été données par le gouvernement central de l'État d'accueil, la probabilité que les autorités locales les respectent;
4. le caractère légal ou illégal dans l'État d'accueil des traitements au sujet desquels les assurances ont été données;



- |   |   |
|---|---|
| <p>5. The length and strength of bilateral relations between the sending and receiving states, including the receiving state's record in abiding by similar assurances;</p>   | <p>5. la durée et la force des relations bilatérales entre l'État d'envoi et l'État d'accueil, y compris l'attitude passée de l'État d'accueil face à des assurances analogues;</p>   |
| <p>6. Whether compliance with the assurances can be objectively verified through diplomatic or other monitoring mechanisms, including providing unfettered access to the individual's lawyers;</p>  | <p>6. la possibilité ou non de vérifier objectivement le respect des assurances données par des mécanismes diplomatiques ou par d'autres mécanismes de contrôle, y compris la possibilité illimitée de rencontrer les avocats de l'intéressé;</p>   |
| <p>7. Whether there is an effective system of protection against torture in the receiving state, including whether it is willing to cooperate with international monitoring mechanisms (including international human rights NGOs) and whether it is willing to investigate allegations of torture and to punish those responsible; and</p> | <p>7. l'existence ou non d'un vrai système de protection contre la torture dans l'État d'accueil et la volonté de cet État de coopérer avec les mécanismes internationaux de contrôle (dont les ONG de défense des droits de l'homme), d'enquêter sur les allégations de torture et de sanctionner les auteurs de tels actes;</p> |
| <p>8. Whether the individual has previously been ill-treated in the receiving state.</p>  | <p>8. le fait que l'intéressé ait ou non déjà été maltraité dans l'État d'accueil.</p>  |

(See *Othman*, at para. 189.)

(Voir *Othman*, par. 189.)

[52] I pause here to note that assurances may fulfill different purposes in relation to a person's surrender. They are not always requested where the Minister has determined that there is a substantial or indeed *any* risk of torture or mistreatment in the requesting state. Therefore, they cannot be treated as proof that such a risk exists. For example, they may be requested by the Minister simply out of an abundance of caution: see, e.g., *Thailand (Kingdom) v. Saxena*, 2006 BCCA 98, 265 D.L.R. (4th) 55, at para. 56.

[52] J'ouvre ici une parenthèse pour signaler que les assurances peuvent être utiles à plusieurs titres dans le cas de l'extradition d'une personne. Le ministre ne les demande pas toujours lorsqu'il a décidé qu'il existe un risque sérieux — ou même un risque *quelconque* — de torture ou de mauvais traitements dans l'État requérant. Les assurances ne peuvent donc être considérées comme une preuve de l'existence d'un tel risque. Par exemple, le ministre peut demander des assurances par simple mesure de précaution (voir, p. ex., l'arrêt *Thailand (Kingdom) c. Saxena*, 2006 BCCA 98, 265 D.L.R. (4th) 55, par. 56).

- (3) Where the Surrender Has Been Found to Be Compliant With the Charter, the Minister Must Nonetheless Refuse the Surrender if He or She Is Satisfied That It Would Be Otherwise Unjust or Oppressive

- (3) Lorsque le ministre estime que l'extradition respecte la Charte, il doit néanmoins la refuser s'il est convaincu qu'elle serait par ailleurs injuste ou tyrannique

[53] Where the Minister is satisfied that the person sought for extradition does not face a substantial risk of torture or mistreatment and that his or her surrender is compliant with the *Charter*, the Minister must nonetheless refuse the surrender if he or

[53] Lorsqu'il est convaincu que l'intéressé ne court pas un risque sérieux de torture ou de mauvais traitements et que son extradition respecte la *Charte*, le ministre doit néanmoins refuser de l'extrader s'il est convaincu que cette mesure serait par ailleurs

she is satisfied that it would be otherwise unjust or oppressive: see *Németh*, at para. 56. As this Court observed in *Fischbacher*, where the surrender is constitutional, the Minister retains a “residual discretion to refuse surrender as being unjust or oppressive in view of the totality of the relevant circumstances, including, but not limited to, the circumstances alleged to make surrender inconsistent with the principles of the *Charter*”: at para. 39, quoting *Bonamie, Re*, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201, at para. 47. In this regard, the Minister may take into account the circumstances he considered when determining whether there was a s. 7 infringement or other *Charter* violation, including the circumstances of the person sought and the consequences of extradition. The Minister may also consider the seriousness of the alleged offence and the importance of Canada meeting its international obligations and not becoming a safe haven for fugitives from justice.

D. *The Reasonableness of the Minister’s Decision to Order the Surrenders of Mr. Badesha and Ms. Sidhu*

[54] In his reasons for ordering Mr. Badesha’s surrender, the Minister took note of the U.S. Department of State’s *India 2013 Human Rights Report* in which Indian prisons were described as being “severely overcrowded”, that medical care was often inadequate and that inmates were “physically mistreated” (see A.R., vol. IV, at p. 25). Given the findings in this report, the Minister found that Mr. Badesha’s surrender should be made conditional on assurances from India that: (1) Mr. Badesha would receive needed medical care and medications while in custody; and (2) India would “make every reasonable effort to ensure his safety while in custody in the Republic of India”. The Minister also made his surrender conditional on an assurance that India would provide immediate and unrestricted consular access to Mr. Badesha upon request.

[55] With respect to Ms. Sidhu’s surrender, the Minister stated that reports before him raised “serious

injuste ou tyrannique (voir *Németh*, par. 56). Comme notre Cour l’a fait observer dans l’arrêt *Fischbacher*, lorsque l’extradition est constitutionnelle, le ministre conserve son [TRADUCTION] « pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser l’extradition parce qu’elle serait injuste ou tyrannique vu l’ensemble des circonstances pertinentes, notamment, mais non exclusivement, de celles qui la rendraient incompatible avec les principes de la *Charte* » (par. 39, citant *Bonamie, Re*, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201, par. 47). À cet égard, le ministre peut tenir compte des circonstances qu’il a prises en considération au moment de décider s’il y avait atteinte à l’art. 7 ou à d’autres dispositions de la *Charte*, notamment de la situation de l’intéressé et des conséquences de son extradition. Le ministre peut aussi tenir compte de la gravité de l’infraction reprochée et l’importance que le Canada respecte ses obligations internationales et ne devienne pas un refuge sûr pour les fugitifs recherchés par la justice.

D. *Le caractère raisonnable de la décision du ministre d’ordonner l’extradition de M. Badesha et de M<sup>me</sup> Sidhu*

[54] Dans les motifs de sa décision de faire extraditer M. Badesha, le ministre cite le *India 2013 Human Rights Report* (rapport de 2013 sur les droits de la personne en Inde) du Département d’État des États-Unis qui parle de la [TRADUCTION] « grave surpopulation » des prisons indiennes, du fait que les soins médicaux y sont souvent inadéquats et que les détenus sont « maltraités physiquement » (voir d.a., vol. IV, p. 25). Vu les constatations de ce rapport, le ministre a conclu que l’extradition de M. Badesha devait être assortie de la condition que l’Inde donne des assurances que : (1) M. Badesha reçoive les soins médicaux et les médicaments dont il aurait besoin pendant sa détention et que (2) l’Inde [TRADUCTION] « prenne toutes les mesures raisonnables pour assurer sa sécurité pendant sa détention en République de l’Inde ». Le ministre a également assujéti l’extradition de M. Badesha à la condition que l’Inde donne l’assurance d’accorder sur demande à M. Badesha un accès immédiat et sans réserve à des représentants consulaires.

[55] En ce qui concerne l’extradition de M<sup>me</sup> Sidhu, le ministre a déclaré que les rapports dont il disposait

concerns with regard to the safety of inmates in Indian custody, particularly female inmates”. He also noted Ms. Sidhu’s health problems, including her heart condition. Accordingly, he made Ms. Sidhu’s surrender conditional on the same assurances that he requested India provide for Mr. Badesha.

[56] The Minister was satisfied that, based on the assurances he received from India, Mr. Badesha and Ms. Sidhu would not face a substantial risk of torture or mistreatment. India provided an assurance which stated that “every reasonable effort will be made to meet the safety and medical needs” of Mr. Badesha and Ms. Sidhu, as required under India’s *Code of Criminal Procedure*. India also assured that consular access would be provided in accordance with India’s obligations under the *Vienna Convention on Consular Relations*. While this assurance did not explicitly provide for “immediate and unrestricted consular access” as requested by the Minister, he was satisfied that the assurance was sufficient to meet that condition.

[57] As indicated, the central question in this case is whether it was reasonable for the Minister to find that, based on the assurances provided by India, surrendering Mr. Badesha and Ms. Sidhu would not violate s. 7 of the *Charter* or be otherwise unjust or oppressive. The role of a reviewing court in these circumstances is not to re-assess the relevant factors and substitute its own view for that of the Minister: *Lake*, at para. 41. Rather, the court must examine whether the decision falls within a range of reasonable outcomes. The question to be asked is: did the Minister consider the relevant facts and reach a defensible conclusion based on those facts (*Lake*, at para. 41)? In my respectful view, the answer in this case is yes.

soulevaient [TRADUCTION] « de graves préoccupations quant à la sécurité des détenus dans les prisons indiennes, en particulier celle des détenues ». Il a également signalé les problèmes de santé de M<sup>me</sup> Sidhu, notamment son trouble cardiaque. Par conséquent, il a subordonné l’extradition de M<sup>me</sup> Sidhu à la condition que l’Inde lui fournisse les mêmes assurances que celles qu’il avait demandées pour M. Badesha.

[56] Le ministre s’est dit convaincu, sur la foi des assurances qu’il avait reçues de l’Inde, que M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu ne seraient pas exposés à un risque sérieux de torture ou de mauvais traitements. L’Inde a donné des assurances prévoyant que [TRADUCTION] « tous les efforts raisonnables seront déployés pour répondre aux besoins médicaux et pour assurer la sécurité » de M. Badesha et de M<sup>me</sup> Sidhu, comme l’exige le *Code of Criminal Procedure* de l’Inde. L’Inde a également donné au ministre l’assurance que l’accès à des services consulaires serait fourni conformément aux obligations imposées à l’Inde par la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*. Même si cette assurance ne prévoyait pas expressément l’[TRADUCTION] « accès immédiat et sans réserve à des représentants consulaires » que réclamait le ministre, ce dernier s’est dit convaincu que l’assurance fournie était suffisante pour remplir cette condition.

[57] Comme je l’ai expliqué, la question au cœur du présent pourvoi est celle de savoir s’il était raisonnable de la part du ministre de conclure, sur la foi des assurances fournies par l’Inde, que l’extradition de M. Badesha et de M<sup>me</sup> Sidhu ne violerait pas l’art. 7 de la *Charte* ni ne serait par ailleurs injuste ou tyrannique. Il n’appartient pas au tribunal de révision, en pareil cas, de substituer sa propre appréciation des facteurs pertinents à celle du ministre ou de remplacer l’opinion de ce dernier par la sienne (*Lake*, par. 41). Le tribunal est plutôt appelé à juger si la décision se situe dans le cadre des solutions raisonnables possibles. La question à se poser est la suivante : le ministre a-t-il tenu compte des faits pertinents et tiré une conclusion susceptible de se justifier au regard de ces faits (*Lake*, par. 41)? À mon humble avis, la réponse, dans le cas qui nous occupe, est affirmative.

(1) The Minister's Reliance on the Assurances Regarding Health and Safety

[58] The majority of the Court of Appeal held that the Minister failed to consider whether the assurances regarding health and safety meaningfully responded to the concerns they were intended to address. In the opinion of the majority, the assurances amounted to promises that the laws protecting prisoners in India would ensure that Mr. Badesha and Ms. Sidhu would not be mistreated. However, the reports submitted by Mr. Badesha and Ms. Sidhu documented human rights abuses that had occurred under these same laws. The only “realistic protection” the assurances gave against the risk of torture or mistreatment was consular monitoring, which the majority of the Court found was an inadequate safeguard to redress this risk. The Minister’s decision to order the surrenders of Mr. Badesha and Ms. Sidhu was therefore unreasonable.

[59] Respectfully, in reaching this conclusion, the majority did not consider many of the relevant factors the Minister considered in assessing the reliability of the assurances. These factors formed a reasonable basis for the Minister’s conclusion that the surrenders of Mr. Badesha and Ms. Sidhu would not violate the principles of fundamental justice.

[60] As discussed, the reliability of diplomatic assurances crucially depends on the context of the particular case. Along with consular monitoring, the Minister took into account the following factors in assessing the risk of torture or mistreatment faced by Mr. Badesha or Ms. Sidhu in this case:

- The Indian MEA provided information which confirmed that there were medical professionals and facilities available to inmates in prisons in the state of Punjab.
- The Canadian Department of Foreign Affairs received information from the Canadian High

(1) Le poids accordé par le ministre aux assurances données quant à la santé et à la sécurité

[58] Selon les juges majoritaires de la Cour d’appel, le ministre ne s’est pas demandé si les assurances fournies au sujet de la santé et de la sécurité répondaient véritablement aux préoccupations sur lesquelles elles étaient censées porter. À leur avis, ces assurances équivalaient à des promesses que les lois protégeant les prisonniers en Inde mettraient M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu à l’abri de tous mauvais traitements. Toutefois, les rapports soumis par M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu attestaient que des violations des droits de la personne avaient été commises malgré l’existence de ces mêmes lois. La seule [TRA-DUCTION] « protection réaliste » que les assurances donnaient contre le risque de torture ou de mauvais traitements était les visites de contrôle consulaire qui, selon les juges majoritaires, constituaient une garantie insuffisante pour contrer ce risque. La décision du ministre d’ordonner l’extradition de M. Badesha et de M<sup>me</sup> Sidhu était par conséquent déraisonnable.

[59] Soit dit en tout respect, j’estime qu’en tirant cette conclusion, les juges majoritaires n’ont pas tenu compte de bon nombre des facteurs pertinents que le ministre avait pris en considération pour déterminer la fiabilité des assurances données. Ces facteurs permettaient raisonnablement au ministre de conclure que l’extradition de M. Badesha et de M<sup>me</sup> Sidhu ne violerait pas les principes de justice fondamentale.

[60] Comme nous l’avons vu, la fiabilité des assurances diplomatiques dépend essentiellement du contexte de l’espèce. Outre le contrôle consulaire, le ministre a tenu compte des facteurs suivants pour évaluer le risque de torture ou de mauvais traitements que courent M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu en l’espèce :

- Le MAE de l’Inde a fourni des renseignements confirmant que les détenus des prisons de l’État du Pendjab avaient accès à des professionnels de la santé et à des services médicaux.
- Le ministère canadien des Affaires étrangères a obtenu des renseignements du Haut-commissariat

Commission in India that prisons in the state of Punjab have medical facilities for the basic medical care of inmates. Inmates requiring more specialized care are referred to outside hospitals.

- India's efforts to enact domestic legislation that would permit them to ratify the *CAT*, the fact that they were party to the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, and efforts made by the Indian judiciary to address incidents of custodial violence demonstrated that India was committed to addressing the problem of violence and torture in Indian prisons.
- India would want to maintain its positive political relationship with Canada and the integrity of the extradition treaty with Canada.
- There were tools available to enforce the assurances. According to the Department of Foreign Affairs, if an extradition treaty partner were to act contrary to diplomatic assurances given to Canada, Canada could protest and take steps, including at a political level, to ensure compliance with the assurances. Canada could also take further measures including immediate notification of the termination of the agreement that was violated.
- The Department of Foreign Affairs informed the Minister that because treaties and agreements are a reflection of mutual confidence and trust between nations, a failure to honour diplomatic assurances could have negative implications on India's relationships with other treaty partners.

Several of the above factors were endorsed in *Suresh* and *Othman* as indicators of the weight to be given to diplomatic assurances.

[61] Furthermore, the Minister noted that there was no history of India not complying with assurances given to its treaty partners. He further observed there was no evidence of any corruption, intimidation

du Canada en Inde suivant lesquels les prisons de l'État du Pendjab sont équipées pour offrir des services médicaux de base aux détenus et les détenus qui nécessitent des soins plus spécialisés sont envoyés dans des hôpitaux.

- Les mesures prises par l'Inde pour adopter des lois internes qui lui permettraient de ratifier la *CCT*, le fait qu'elle était partie au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47, et les efforts déployés par la magistrature indienne pour s'attaquer aux incidents de violence en détention démontraient que l'Inde était résolue à s'attaquer au problème de la violence et de la torture dans les prisons indiennes.
- L'Inde souhaiterait maintenir ses relations politiques positives avec le Canada et l'intégralité de son traité d'extradition avec lui.
- Il existe des moyens de faire respecter les assurances. Selon le ministère des Affaires étrangères, si un des signataires du traité d'extradition devait agir contrairement aux assurances diplomatiques données au Canada, celui-ci peut protester et prendre des mesures, notamment au niveau politique, pour assurer le respect des assurances données. Il existe également d'autres mesures, dont la possibilité pour le Canada de dénoncer sur-le-champ l'accord qui n'a pas été respecté.
- Le ministère des Affaires étrangères a informé le ministre que, comme les traités et les accords sont l'expression de la confiance que les pays ont l'un pour l'autre, le non-respect des assurances diplomatiques pourrait avoir des répercussions négatives sur les relations de l'Inde avec d'autres signataires du traité.

Plusieurs des facteurs susmentionnés ont été adoptés dans les arrêts *Suresh* et *Othman* comme indices du poids à accorder aux assurances diplomatiques.

[61] Par ailleurs, le ministre a signalé que l'Inde n'avait aucun antécédent de non-respect des assurances qu'elle avait données à ses partenaires. Il a ajouté que rien ne prouvait que l'enquête menée par

or torture involved in India's investigation of Mr. Badesha, Ms. Sidhu or any of the eleven co-accused in this matter. Nor was there any evidence that the seven co-accused found guilty at trial were mistreated while in prison in India. There was also no evidence that Ms. Sidhu and Mr. Badesha had personal characteristics that would make them part of a category of individuals who would be particular targets of ill-treatment in India because of their political or religious affiliations. This specific evidence of a personal risk to Mr. Badesha and Ms. Sidhu was not *required* for the Minister to find a substantial risk of torture. However, if such evidence had been presented, it would have militated in favour of a finding of substantial risk. In this case, no such evidence was presented. This is to be contrasted with the situation in *Othman* where the ECHR found it relevant that Mr. Qatada, a "high profile Islamist", belonged to a group of prisoners who were frequently ill-treated in Jordan, and had claimed to have been previously tortured there: para. 192. Similarly, in *Chahal*, the ECHR noted that Mr. Chahal, a "well-known supporter of Sikh separatism" would be "a target of interest" for "hard-line elements in the security forces who have relentlessly pursued suspected Sikh militants in the past" in India: paras. 98 and 106.

[62] Considered as a whole, the factors upon which the Minister relied provided a reasonable basis for his conclusion that the health and safety assurances would meaningfully respond to the concerns they were intended to address, such that the surrenders of Mr. Badesha and Ms. Sidhu would not violate principles of fundamental justice and would not be otherwise unjust or oppressive. The inquiry for the reviewing court is not whether there is no possibility of torture or mistreatment, but whether it was reasonable for the Minister to conclude that there was no substantial risk of torture or mistreatment.

l'Inde à l'endroit de M. Badesha, de M<sup>me</sup> Sidhu ou de l'un des onze coaccusés dans la présente affaire était entachée de corruption d'intimidation ou de torture. Rien ne prouvait non plus que les sept coaccusés reconnus coupables à l'issue de leur procès avaient subi de mauvais traitements pendant leur incarcération en Inde. Il n'y avait par ailleurs aucune preuve établissant que M<sup>me</sup> Sidhu et M. Badesha présentaient des caractéristiques personnelles qui les situaient dans une catégorie de personnes qui seraient des cibles privilégiées de mauvais traitements en Inde en raison de leurs allégeances politiques ou de leur appartenance religieuse. Ces éléments de preuve précis quant aux risques que courent personnellement M<sup>me</sup> Sidhu et M. Badesha n'étaient pas *nécessaires* pour permettre au ministre de conclure à l'existence d'un risque sérieux de torture. Toutefois, si de tels éléments de preuve avaient été présentés, ils auraient milité en faveur d'une conclusion de risque sérieux. En l'espèce, aucune preuve en ce sens n'a été produite. La présente situation doit être mise en contraste avec celle qui prévalait dans *Othman*, où la CEDH a jugé pertinent le fait que M. Qatada, « connu pour être un islamiste », faisait partie d'une catégorie d'individus souvent maltraités lorsqu'ils sont détenus en Jordanie et affirmait y avoir déjà été torturé (par. 192). De même, dans l'arrêt *Chahal*, la CEDH a fait observer que M. Chahal, « connu en Inde pour son soutien à la cause du séparatisme sikh », serait « la cible privilégiée des éléments durs des forces de sécurité qui ont pourchassé sans merci les militants sikhs par le passé » en Inde (par. 106).

[62] Pris dans leur ensemble, les facteurs sur lesquels le ministre s'est fondé lui permettaient raisonnablement de conclure que les assurances fournies au sujet de la santé et de la sécurité répondraient véritablement aux préoccupations sur lesquelles elles étaient censées porter, de sorte que l'extradition de M. Badesha et de M<sup>me</sup> Sidhu ne violerait pas des principes de justice fondamentale et ne serait pas par ailleurs injuste ou tyrannique. La question que le tribunal de révision est appelé à se poser n'est pas de savoir s'il n'y a aucune possibilité de torture ou de mauvais traitements, mais bien s'il était raisonnable pour le ministre de conclure qu'il n'y avait aucun risque sérieux de torture ou de mauvais traitements.

[63] In my respectful opinion, the majority of the Court of Appeal did not consider the numerous factors that, as a whole, provided reasonable support for the Minister's conclusion that Mr. Badesha and Ms. Sidhu would not face a substantial risk of torture or mistreatment in India, having regard to the assurances provided by India. In concluding otherwise, the majority effectively substituted its view for that of the Minister.

(2) The Minister's Reliance on Consular Monitoring

[64] With respect, the majority of the Court of Appeal also did not consider whether, in the particular circumstances of this case, it was reasonable for the Minister to take into account consular monitoring in concluding that there was no substantial risk of torture or mistreatment. The majority stated that consular monitoring "has its limits in mitigating the risks" of torture or mistreatment, because torture or mistreatment often takes place covertly and those who administer it are adept at concealing its visible signs and ensuring that authorities are not alerted.

[65] I do not dispute this observation. However, the real question is not whether consular monitoring could eliminate any possibility of torture or mistreatment, but whether consular monitoring could be a factor in the Minister's conclusion that Mr. Badesha and Ms. Sidhu would not face a substantial risk of torture or mistreatment. In certain cases, to be effective, monitoring may need to be carried out by a third-party organization, or provide for other protections, such as private and without notice interviews conducted by experts trained to detect physical and psychological signs of torture and ill-treatment (see, e.g., the monitoring agreed to by Jordan and the United Kingdom in *Othman*, at paras. 77 and 81). But given the circumstances in this case, which included India's desire to maintain its extradition relationship with Canada and its relationships with other treaty partners, the fact there was no evidence of a history of India not complying with assurances given to partner nations, and the absence of evidence that

[63] À mon humble avis, la majorité de la Cour d'appel n'a pas pris en compte les nombreux facteurs qui, pris globalement, permettraient raisonnablement au ministre de conclure que M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu ne courraient pas un risque sérieux d'être torturés ou de subir de mauvais traitements en Inde, compte tenu des assurances fournies par l'Inde. En tirant une autre conclusion, les juges majoritaires ont effectivement substitué leur opinion à celle du ministre.

(2) Le poids accordé par le ministre aux visites de contrôle consulaire

[64] Soit dit en tout respect, la majorité de la Cour d'appel ne s'est pas non plus demandé si, dans les circonstances particulières de l'espèce, il était raisonnable de la part du ministre de tenir compte du contrôle consulaire pour conclure qu'il n'y avait pas de risque sérieux de torture ou de mauvais traitements. Les juges majoritaires ont déclaré que le contrôle consulaire [TRADUCTION] « atténué de façon limitée les risques » de torture ou de mauvais traitements, parce que ceux-ci sont souvent infligés en secret et que leurs auteurs sont passés maîtres dans l'art d'en dissimuler les signes visibles et d'éviter que les autorités soient alertées.

[65] Je ne conteste pas cette observation. Toutefois, la véritable question n'est pas de savoir si le contrôle consulaire pourrait exclure toute possibilité de torture ou de mauvais traitements, mais bien de savoir si les visites de contrôle consulaire pourraient jouer dans la conclusion du ministre selon laquelle M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu ne seraient pas exposés à un risque sérieux de torture ou de mauvais traitements. Dans certains cas, pour être efficace, il peut être nécessaire que le contrôle soit assuré par un organisme tiers ou qu'il soit assorti d'autres mécanismes de protection tels que des visites de contrôle aux détenus en privé et sans préavis faites par des experts formés à la détection des signes physiques et psychologiques de torture et de mauvais traitements (voir, p. ex., le contrôle convenu par la Jordanie et le Royaume-Uni dans l'affaire *Othman*, par. 77 et 81). Mais vu les circonstances de la présente affaire, notamment la volonté de l'Inde de maintenir ses rapports avec le Canada dans le domaine de l'extradition

Mr. Badesha and Ms. Sidhu had religious or political affiliations that would make them particular targets of torture or mistreatment, it was reasonable for the Minister to take into account consular monitoring in concluding that there was no substantial risk of torture or mistreatment.

#### V. Conclusion

[66] Having regard to the factors the Minister considered and the contextual circumstances of this case, the Minister’s conclusion that Mr. Badesha and Ms. Sidhu would not face a substantial risk of torture or mistreatment while incarcerated in India was reasonable. The Minister’s further finding, based on the totality of the circumstances, that the surrender would not be otherwise unjust or oppressive was also reasonable. In the Minister’s view, there was no justifiable basis for Canada not to extradite according to its extradition treaty with India. The gravity of the alleged offence in this case was particularly relevant to the Minister. Mr. Badesha and Ms. Sidhu are wanted in India for alleged criminal conduct of the most horrific nature — namely, participation in a conspiracy to commit the honour killing of a family member. The Minister noted that the alleged offence “engages, first and foremost, the interests of the Republic of India to prosecute” Mr. Badesha and Ms. Sidhu and stressed the “importance of seeing justice done on India’s territory”.

[67] In my opinion, the Minister considered the relevant facts and reached a defensible conclusion on the basis of those facts: *Lake*, at para. 41. The Minister’s decision to order the surrenders of Mr. Badesha and Ms. Sidhu therefore fell within a range of reasonable outcomes: para. 41. Accordingly, I would allow the appeal and restore the Minister’s surrender orders for Mr. Badesha and Ms. Sidhu.

et ses relations avec les autres signataires du traité, l’absence de preuve démontrant que l’Inde a déjà fait défaut de respecter les assurances données à ses partenaires, et l’absence de preuve que M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu avaient des allégeances politiques ou une appartenance religieuse qui les rendraient particulièrement vulnérables à la torture ou à de mauvais traitements, il était raisonnable de la part du ministre de tenir compte des visites de contrôle consulaire pour conclure qu’il n’y avait pas de risque sérieux de torture ou de mauvais traitements.

#### V. Conclusion

[66] Eu égard aux facteurs dont le ministre a tenu compte et des circonstances de la présente affaire, sa conclusion selon laquelle M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu ne courraient pas un risque sérieux de torture ou de mauvais traitements pendant leur incarcération en Inde était raisonnable. L’autre conclusion que le ministre a tirée en se fondant sur l’ensemble des faits, en l’occurrence celle suivant laquelle l’extradition ne serait par ailleurs pas injuste ou tyrannique, était également raisonnable. De l’avis du ministre, rien ne justifiait le Canada de refuser d’extrader M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu conformément au traité d’extradition qu’il avait conclu avec l’Inde. La gravité de l’infraction reprochée en l’espèce était particulièrement pertinente aux yeux du ministre. M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu sont recherchés en Inde pour un des actes criminels les plus horribles qui soient, celui de participation à un complot visant à commettre un crime d’honneur, l’assassinat d’un membre de leur famille. Le ministre a signalé que l’infraction reprochée [TRADUCTION] « fait intervenir d’abord et avant tout l’intérêt qu’a la République indienne à poursuivre » M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu et il a souligné « l’importance que justice soit rendue sur le territoire indien ».

[67] À mon avis, le ministre a tenu compte des faits pertinents et a tiré une conclusion susceptible de se justifier au regard de ces faits (*Lake*, par. 41). La décision du ministre d’ordonner l’extradition de M. Badesha et de M<sup>me</sup> Sidhu se situait donc dans le cadre des solutions raisonnables possibles (par. 41). Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir les arrêtés d’extradition du ministre visant M. Badesha et M<sup>me</sup> Sidhu.



*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent Surjit Singh Badesha: Michael Klein Law Corporation, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent Malkit Kaur Sidhu: Sugden, McFee & Roos, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: Simcoe Chambers, Toronto; David Asper Centre for Constitutional Rights, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the South Asian Legal Clinic of Ontario: Bennett Jones, Toronto.*

*Solicitors for the interveners Canadian Lawyers for International Human Rights, the Canadian Centre for Victims of Torture and the Canadian Council for Refugees: Goldblatt Partners, Toronto.*

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé Surjit Singh Badesha : Michael Klein Law Corporation, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée Malkit Kaur Sidhu : Sugden, McFee & Roos, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Simcoe Chambers, Toronto; David Asper Centre for Constitutional Rights, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante South Asian Legal Clinic of Ontario : Bennett Jones, Toronto.*

*Procureurs des intervenants Juristes canadiens pour le droit international de la personne, Canadian Centre for Victims of Torture et le Conseil canadien pour les réfugiés : Goldblatt Partners, Toronto.*

**Durham Regional Crime Stoppers Inc. and Keenan Corner** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions** *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. DURHAM REGIONAL CRIME STOPPERS INC.**

**2017 SCC 45**

File No.: 37052.

2017: January 20; 2017: September 22.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE ONTARIO SUPERIOR COURT OF JUSTICE

*Criminal law — Evidence — Informer privilege — Anonymous informer — Whether informer privilege applies to anonymous tip made to Crime Stoppers by caller with intention of interfering with administration of justice — Procedure for court to follow when Crown challenges claim of informer privilege over anonymous tip made to Crime Stoppers.*

Following a fatal shooting, Crime Stoppers received an anonymous tip from a caller. The caller reported that on the day of the shooting he observed four men in the backyard of a house neighbouring on the crime scene and that he then saw the men drive to a lake where they threw things into the water. Soon after the call, C was charged with second degree murder for the shooting. The Crown brought a pre-trial application to introduce evidence of the anonymous tip. The Crown maintained that the call was made by C to divert attention away from himself during the police investigation. C denied making the call. In addition, he and Crime Stoppers submitted that the call was covered by informer privilege. The application judge, at an *in camera* hearing, found that informer

**Durham Regional Crime Stoppers Inc. et Keenan Corner** *Appelants*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Directeur des poursuites pénales** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : R. c. DURHAM REGIONAL CRIME STOPPERS INC.**

**2017 CSC 45**

N° du greffe : 37052.

2017 : 20 janvier; 2017 : 22 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DE JUSTICE DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Preuve — Privilège de l'indicateur de police — Dénonciateur anonyme — Le privilège de l'indicateur de police s'applique-t-il à une dénonciation anonyme faite à Échec au crime par une personne qui téléphone avec l'intention d'entraver l'administration de la justice? — Quelle procédure les tribunaux doivent-ils adopter lorsque le ministère public conteste la revendication du privilège de l'indicateur de police relativement à une dénonciation anonyme faite auprès d'Échec au crime?*

À la suite d'une fusillade mortelle, Échec au crime a reçu par téléphone une dénonciation anonyme. L'individu qui a fait l'appel a rapporté que, le jour de la fusillade, il a observé quatre hommes dans la cour arrière d'une maison qui se trouvait à proximité de la scène du crime et qu'il les a ensuite vus se rendre en voiture jusqu'à un lac où ils ont jeté des objets dans l'eau. Peu après l'appel, C a été accusé de meurtre au second degré relativement à la fusillade. Le ministère public a présenté une requête préalable au procès en vue de déposer en preuve la dénonciation anonyme. Le ministère public maintenait que l'appel téléphonique avait été fait par C pour détourner l'attention de sa personne durant l'enquête de la police. C a nié être l'auteur de cet appel. Par ailleurs, lui et Échec au crime

privilege did not apply. His ruling was appealed to this Court pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The informer privilege rule is a common law rule of long standing and is particularly important in the context of anonymous informers. Apart from the innocence at stake exception, the informer privilege rule is absolute. It therefore acts as a complete bar on the disclosure of the informer's identity, and the police, the Crown and the courts are bound to uphold it. However, informer privilege cannot be interpreted to apply where it would compromise the very objectives that justify its existence, namely: furthering the interests of justice and the maintenance of public order. It follows that informer privilege does not exist where a person has contacted Crime Stoppers with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice. In such circumstances, shielding this person's identity behind the near absolute protection of informer privilege would compromise, if not negate, the privilege's objectives.

In cases where the Crown alleges that informer privilege does not apply to a Crime Stoppers tip because the caller acted with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice, the onus rests with the Crown to show, on a balance of probabilities, that the person made the tip with the requisite intention such that he or she is excluded from the scope of the privilege. This intention requires a heightened mental element and involves a high degree of moral blameworthiness. It is a high bar to meet, and in the vast majority of cases, informer privilege will apply to an anonymous tip made to Crime Stoppers.

When a judge is determining whether informer privilege applies to an anonymous tip made to Crime Stoppers, he or she must proceed on the assumption that the privilege exists. Accordingly, where the Crown challenges the validity of a privilege claim over a tip, the court must consider whether privilege in fact exists at an *in camera* hearing. The assumption that privilege exists

ont affirmé que l'appel téléphonique était protégé par le privilège relatif aux indicateurs de police. Lors d'une audience tenue à huis clos, le juge de première instance a conclu que le privilège relatif aux indicateurs de police ne s'appliquait pas. Sa décision a été portée en appel devant la Cour en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

*Arrêt :* L'appel est rejeté.

Le privilège relatif aux indicateurs de police est un principe de common law qui existe depuis longtemps et qui revêt une importance particulière dans le cas des indicateurs anonymes. Il s'applique de façon absolue, sous réserve uniquement de l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé. Il crée donc une interdiction absolue de révéler l'identité de l'indicateur, et tant la police que le ministère public et les tribunaux sont tenus de le respecter. Toutefois, le privilège relatif aux indicateurs de police ne peut être interprété de manière à ce qu'il s'applique lorsqu'il irait à l'encontre des objectifs mêmes qui en justifient l'existence, soit promouvoir l'intérêt de la justice et favoriser le maintien de l'ordre public. Le privilège de l'indicateur n'existe pas lorsqu'une personne téléphone à Échec au crime avec l'intention de faciliter une activité criminelle ou d'entraver l'administration de la justice. Dans de telles circonstances, mettre l'identité de la personne en question à l'abri grâce à la protection quasi absolue que confère le privilège relatif aux indicateurs de police compromettrait, voire annihilerait, sa raison d'être.

Dans les cas où le ministère public soutient que le privilège ne s'applique pas à une dénonciation faite auprès d'Échec au crime parce que l'individu qui a téléphoné a agi avec l'intention de faciliter une activité criminelle ou d'entraver l'administration de la justice, il incombe au ministère public de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que celui qui a téléphoné avait l'intention requise lorsqu'il a fait sa dénonciation, de sorte qu'il ne peut bénéficier du privilège. Cette intention requiert un élément moral exigeant et se caractérise par une grande culpabilité morale. Il est difficile d'établir cette intention et dans la très grande majorité des cas, le privilège relatif aux indicateurs s'applique à la dénonciation faite auprès d'Échec au crime.

Lorsque le juge détermine si le privilège relatif aux indicateurs s'applique à une dénonciation anonyme faite auprès d'Échec au crime, il doit présumer que le privilège existe. En conséquence, lorsque le ministère public conteste la validité d'une revendication de privilège portant sur une dénonciation anonyme, il incombe au tribunal de déterminer, dans le cadre d'une audience à huis

also means that this *in camera* hearing will likely require an *ex parte* proceeding, in which the accused and defence counsel are excluded. In order to protect the interests of accused persons, the judge should adopt all reasonable measures to permit defence counsel to make meaningful submissions regarding what occurs in their absence. Further, the judge may review the record of the tip to determine whether informer privilege exists. Whether the privilege exists will often turn on what the caller said, and whether it conveyed an intention to further criminal activity or interfere with the administration of justice.

When the Crown brings an application to introduce evidence of an anonymous tip over which privilege has been claimed, this may result in significant costs to the trial process and the probative value of the evidence may be marginal. Therefore, it may make sense for the application judge to require a preliminary *in camera* showing by the Crown in support of its claim that the evidence is admissible, before proceeding to a determination of whether informer privilege exists. This may involve the Crown being required to outline the basis upon which it is alleging that informer privilege does not apply; the Crown being required to demonstrate that there is a realistic prospect that the probative value of the evidence will outweigh its prejudicial effect; or both. The preliminary *in camera* showing will likely need to be heard *ex parte*. The application judge, however, retains a wide discretion when it comes to procedure and a reasonable determination in that regard should be accorded considerable deference.

In this case, it was reasonable for the application judge to find, on a balance of probabilities, that C had made the call and that he had done so with the intention of diverting attention away from himself during the investigation. This was well-supported by the evidence. The application judge therefore did not err in concluding that the tip was excluded from the scope of informer privilege. In addition, the procedure followed by the application judge was reasonable. The judge held an *in camera* hearing to determine whether informer privilege applied. There was no

clos, si le privilège existe effectivement. La présomption de l'existence d'un privilège signifie également que cette audience à huis clos pourrait probablement devoir se dérouler *ex parte*, soit en l'absence de l'accusé et de son avocat. Afin de protéger les intérêts de l'accusé, le juge devrait adopter toutes les mesures raisonnables pour permettre aux avocats de la défense de présenter des observations utiles en ce qui concerne ce qui se passe en leur absence. En outre, le juge pourrait consulter le dossier de la dénonciation pour déterminer si le privilège existe. L'existence du privilège dépend dans bien des cas des propos que la personne a tenus lors de son appel téléphonique et de la mesure dans laquelle ces propos indiquaient une intention de faciliter une activité criminelle ou d'entraver l'administration de la justice.

La présentation d'une requête par le ministère public en vue d'être autorisé à présenter des éléments de preuve relativement à une dénonciation anonyme faisant l'objet d'une revendication de privilège est susceptible de comporter des désavantages importants pour l'instruction du procès et la valeur probante des éléments de preuve en cause peut s'avérer négligeable. En conséquence, avant qu'il ne se prononce sur l'existence du privilège relatif aux indicateurs, le juge de première instance peut logiquement exiger du ministère public qu'il présente, au cours d'une audience à huis clos, des observations et des éléments de preuve préliminaires au sujet de l'admissibilité de la preuve. Le ministère public pourrait alors avoir à donner un aperçu des motifs pour lesquels il affirme que le privilège relatif aux indicateurs ne s'applique pas; il pourrait avoir à démontrer l'existence d'une possibilité réaliste que la valeur probante des éléments de preuve l'emporte sur leur effet préjudiciable; ou il pourrait avoir à faire les deux. L'exposé et la démonstration faits à huis clos devront vraisemblablement avoir lieu dans le cadre d'une audience *ex parte*. Le juge de première instance conserve toutefois un large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le déroulement de l'instance et l'on doit faire preuve d'une grande retenue à l'égard de toute décision raisonnable qu'il rend à ce sujet.

En l'espèce, il était raisonnable que le juge de première instance conclue, selon la prépondérance des probabilités, que C était l'auteur de l'appel téléphonique et qu'il avait fait cet appel dans le but de détourner l'attention de sa personne durant l'enquête de la police. Cette conclusion était bien étayée par la preuve. Le juge de première instance n'a donc pas commis d'erreur en concluant que la dénonciation était exclue du champ d'application du privilège relatif aux indicateurs de police. Qui plus est, la procédure suivie par le juge de première instance était

need for an *ex parte* proceeding because the Crown had earlier disclosed the tip to the defence. The Crown, however, should not have disclosed it because informer privilege is not a matter of discretion for the Crown, the police or the courts to apply. In addition, the judge reasonably determined that he could view the record of the tip to determine whether informer privilege existed.

### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Hiscock* (1992), 72 C.C.C. (3d) 303, leave to appeal refused, [1993] 1 S.C.R. vi; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368; *People v. Callen*, 194 Cal.App.3d 558 (1987); *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659; *R. v. Kutynec* (1991), 7 O.R. (3d) 277; *R. v. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 139.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1).

### Authors Cited

Paciocco, David M. “Simply Complex: Applying the Law of ‘Post-Offence Conduct’ Evidence” (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275.  
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2015.

APPEAL from a decision of the Ontario Superior Court of Justice (McKelvey J.), No. 15/13823, April 14, 2016, that informer privilege did not apply to the Crime Stoppers tip in this case. Appeal dismissed.

raisonnable. Il a tenu une audience à huis clos pour déterminer si le privilège relatif aux indicateurs s’appliquait. Aucune audience *ex parte* n’était nécessaire, parce que le ministère public avait déjà communiqué la fiche de dénonciation à la défense. Toutefois, le ministère public n’aurait pas dû communiquer cette information parce que l’application du privilège relatif aux indicateurs ne relève pas du pouvoir discrétionnaire de la police, du ministère public ou encore des tribunaux. En outre, le juge de première instance a raisonnablement conclu qu’il pouvait examiner le dossier de dénonciation pour juger de l’existence du privilège relatif aux indicateurs.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Hiscock*, [1992] R.J.Q. 895, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 1 R.C.S. vi; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368; *People c. Callen*, 194 Cal.App.3d 558 (1987); *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d’enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. c. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659; *R. c. Kutynec* (1991), 7 O.R. (3d) 277; *R. c. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 139.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40(1).

### Doctrine et autres documents cités

Paciocco, David M. « Simply Complex : Applying the Law of “Post-Offence Conduct” Evidence » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275.  
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2015.

POURVOI contre une décision de la Cour supérieure de justice de l’Ontario (le juge McKelvey), n° 15/13823, 14 avril 2016, portant que le privilège de l’indicateur de police ne s’appliquait pas à la dénonciation anonyme faite auprès d’Échec au crime dans le présent cas. Pourvoi rejeté.

*Robert S. Gill and Michelle E. Booth*, for the appellant Durham Regional Crime Stoppers Inc.

*Jennifer Penman and Karen Heath*, for the appellant Keenan Corner.

*Susan Magotiaux and Mabel Lai*, for the respondent.

*Bradley Reitz and François Lacasse*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

#### I. Overview

[1] The informer privilege rule is a common law rule of long standing — and it is fundamentally important to the criminal justice system. Informers play a critical role in law enforcement by providing police with information that is otherwise difficult or impossible to obtain. By protecting the identity of individuals who supply information to the police — and encouraging others to do the same — informer privilege greatly assists the police in the investigation of crime and the protection of the public. Subject to the innocence at stake exception, the privilege acts as a complete bar on the disclosure of the informer’s identity, and the police, the Crown and the courts are bound to uphold it.

[2] The primary issue raised by this appeal is whether informer privilege exists where a caller makes an anonymous tip to Crime Stoppers with the intention of interfering with the administration of justice. A secondary issue concerns the procedure to be followed when the Crown challenges a claim of

*Robert S. Gill et Michelle E. Booth*, pour l’appelante Durham Regional Crime Stoppers Inc.

*Jennifer Penman et Karen Heath*, pour l’appelant Keenan Corner.

*Susan Magotiaux et Mabel Lai*, pour l’intimée.

*Bradley Reitz et François Lacasse*, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

#### I. Aperçu

[1] Le privilège relatif aux indicateurs de police est un principe de common law qui existe depuis longtemps et qui revêt une importance capitale dans notre système de justice pénale. Les indicateurs de police jouent un rôle essentiel en matière de lutte contre les infractions, parce qu’ils fournissent à la police des informations qu’il serait autrement pour elle difficile, voire impossible, à obtenir. En protégeant l’identité des personnes qui communiquent des informations à la police — et en encourageant d’autres à en faire autant —, le privilège relatif aux indicateurs de police s’avère d’une grande utilité pour les policiers dans le cadre de leurs enquêtes criminelles et de leur mission de protection du public. Sous réserve de l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé, le privilège crée une interdiction absolue de révéler l’identité de l’indicateur, et tant la police que le ministère public et les tribunaux sont tenus de le respecter.

[2] La principale question que soulève le présent pourvoi est celle de savoir si le privilège relatif aux indicateurs de police existe lorsqu’une personne téléphone à Échec au crime pour faire une dénonciation anonyme avec l’intention d’entraver l’administration de la justice. La Cour est également

informer privilege over an anonymous tip made to Crime Stoppers.

## II. Factual and Procedural Background

[3] The anonymous tip in this case concerned the fatal shooting of Shabir Niazi on February 19, 2014. That same day, Keenan Corner, one of the appellants, made a statement to the police indicating that three men were responsible for the shooting of Mr. Niazi. He later gave the police a second statement to that effect. Mr. Corner became a suspect in the shooting and was placed under police surveillance.

[4] About a week after the shooting, Officer Edwards, the Crime Stoppers Coordinator for Durham Regional Police, received an anonymous tip. The caller reported that on the day of the shooting, he was on the back porch of a house and could see into the backyard of another house neighbouring on the crime scene. There, he observed four men, whom he proceeded to describe. He reported that the four men waited near the crime scene for five to ten minutes before getting into a car and driving to a lake. At the lake, the men got out of the car and began throwing things into the water. Following Crime Stoppers' standard practice, the call was not recorded and no effort was made to trace its source. Officer Edwards entered the information from the caller into a tip sheet and then gave the sheet to investigators at the Durham Regional Police Major Crime Unit.

[5] A few days after Crime Stoppers received the anonymous tip, Mr. Corner was charged with the second degree murder of Mr. Niazi. During pre-trial proceedings, Mr. Corner acknowledged that he was the person who shot Mr. Niazi and that he had acted alone. He further advised that he would be relying on the defence of self-defence at trial.

appelée à se pencher sur une question secondaire, celle de la procédure à suivre lorsque le ministère public conteste une revendication du privilège relatif aux indicateurs de police qui porte sur une dénonciation anonyme reçue par Échec au crime.

## II. Contexte factuel et procédural

[3] En l'espèce, la dénonciation anonyme concernait la fusillade qui avait coûté la vie à Shabir Niazi le 19 février 2014. Le même jour, Keenan Corner, un des appelants, a fait une déclaration à la police dans laquelle il indiquait que trois hommes étaient responsables du meurtre de M. Niazi. Par la suite, il a fait une seconde déclaration similaire aux policiers. M. Corner est devenu un des suspects du meurtre et a été mis sous surveillance policière.

[4] Environ une semaine après la fusillade, l'agente Edwards — coordinatrice de Crime Stoppers pour les services policiers régionaux de Durham (« Échec au crime ») — a reçu une dénonciation anonyme. L'individu qui lui a parlé au téléphone a raconté que, le jour de la fusillade, il se trouvait sur le perron arrière d'une maison, d'où il pouvait voir la cour d'une autre maison qui se trouvait à proximité de la scène du crime. Ce dénonciateur a observé quatre hommes, dont il a ensuite donné la description. Il a expliqué que les quatre hommes avaient attendu entre cinq et dix minutes près des lieux du crime avant de monter à bord d'une voiture et de se diriger vers un lac. Une fois arrivés au lac, les hommes sont sortis de la voiture et ont commencé à jeter des objets dans l'eau. Conformément à la pratique courante d'Échec au crime, l'appel n'a pas été enregistré et aucune démarche n'a été entreprise pour retracer la source. L'agente Edwards a inscrit les informations qu'elle avait reçues de l'indicateur sur une fiche de dénonciation, qu'elle a ensuite remise aux enquêteurs de l'unité des crimes majeurs de la police régionale de Durham.

[5] Quelques jours après qu'Échec au crime eut reçu la dénonciation anonyme, M. Corner a été accusé du meurtre au second degré de M. Niazi. Lors des procédures préalables au procès, M. Corner a reconnu avoir abattu M. Niazi et avoir agi seul. Il a également annoncé qu'il invoquerait la légitime défense au procès.

[6] The Crown brought a pre-trial application seeking to introduce evidence of the anonymous tip made to Crime Stoppers. Prior to any rulings being made by the application judge, the Crown disclosed to the defence the anonymous tip and all relevant information about it in its possession. The Crown maintained that the call was made by Mr. Corner to divert attention away from himself in the police investigation. It sought to use the call at trial as evidence relevant to Mr. Corner's general credibility: see the reasons of the application judge at A.R. (Crime Stoppers), vol. I, at p. 3. Mr. Corner denied making the call. In addition, he and Crime Stoppers submitted that the call was covered by informer privilege. In response, the Crown asserted that informer privilege did not apply to the tip.

[7] The application judge, McKelvey J. of the Ontario Superior Court of Justice, determined that the question of whether informer privilege applied to the tip should be decided at an *in camera* hearing: Decision No. 15/13823, April 14, 2016. He ruled that Mr. Corner and his counsel could be present at the hearing because the Crown had earlier disclosed the tip to the defence. However, since Mr. Corner denied having made the call to Crime Stoppers, it did not lie with him to advance a claim of privilege over the tip. In view of this, the application judge permitted counsel for Crime Stoppers to advance a claim of privilege and make submissions at the hearing in a role akin to that of *amicus curiae*. In the result, he found that Mr. Corner had made the call and that he had done so with the intention of diverting attention away from himself in the police investigation. It followed, in his view, that informer privilege did not apply to the tip because its application would, in the circumstances, undermine the objectives which underlie the privilege.

[6] Le ministère public a présenté une requête préalable au procès en vue de déposer en preuve la dénonciation anonyme faite auprès d'Échec au crime. Avant que le juge de première instance ne rende quelque décision que ce soit, le ministère public a divulgué à la défense la dénonciation anonyme ainsi que tous les renseignements pertinents qu'il avait en sa possession à ce sujet. Le ministère public maintenait que l'appel téléphonique avait été fait par M. Corner pour détourner l'attention de l'enquête de la police de sa personne. Le ministère public a tenté de se servir de l'appel téléphonique comme élément de preuve lors du procès pour attaquer de façon générale la crédibilité de M. Corner : voir les motifs du juge de première instance, d.a. (Échec au crime), vol. I, p. 3. M. Corner a nié être l'auteur de cet appel. Par ailleurs, lui et Échec au crime ont affirmé que l'appel téléphonique était protégé par le privilège relatif aux indicateurs de police. En réponse, le ministère public a fait valoir que ce privilège ne s'appliquait pas à la dénonciation.

[7] Selon le juge de première instance, le juge McKelvey de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, la question de savoir si le privilège relatif aux indicateurs de police s'appliquait ou non à la dénonciation devait être tranchée dans le cadre d'une audience à huis clos : décision n° 15/13823, 14 avril 2016. Puisque le ministère public avait déjà divulgué la dénonciation à la défense, le juge McKelvey a précisé que M. Corner et son avocat pouvaient être présents à l'audience. Toutefois, comme M. Corner niait avoir fait l'appel téléphonique à Échec au crime, il ne lui revenait pas de revendiquer le privilège sur la dénonciation. Le juge a donc autorisé l'avocat d'Échec au crime à s'en charger et à présenter des observations à l'audience dans un rôle s'apparentant à celui d'un *amicus curiae*. En définitive, le juge de première instance a conclu que M. Corner était l'auteur de l'appel téléphonique et qu'il avait fait cet appel pour détourner l'attention de l'enquête de la police de sa personne. Il s'ensuivait, selon le juge de première instance, que le privilège relatif aux indicateurs de police ne s'appliquait pas à la dénonciation parce que, dans les circonstances, l'appliquer minerait les objectifs sur lesquels il repose.



[8] Crime Stoppers appealed the application judge's ruling to this Court, pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26. The Crown takes no issue with Crime Stoppers' standing to bring this appeal in the circumstances.

[9] For reasons that follow, I would dismiss the appeal. As regards the primary issue, the application judge excluded the tip from the scope of informer privilege on the basis that Mr. Corner made the call to Crime Stoppers in order to divert attention away from himself in a police investigation. In my view, he did not err in doing so. Informer privilege does not exist where a person has contacted Crime Stoppers with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice.<sup>1</sup> In such circumstances, shielding this person's identity behind the near absolute protection of informer privilege would compromise, if not negate, the privilege's objectives. Accordingly, I would vacate the following portions of the judgment on the application for leave to appeal issued by this Court on October 20, 2016: (1) the publication ban on Mr. Corner's name and all information identifying the source of the anonymous tip and (2) the sealing order on the materials filed by the parties.

[10] With respect to the secondary issue, I am satisfied that the procedure followed by the application judge was reasonable. That said, this case provides the Court with an opportunity to clarify the procedure that should be followed and the safeguards that can be put in place when the Crown challenges the applicability of informer privilege over an anonymous tip made to Crime Stoppers.

<sup>1</sup> The issue of an informer who engages in criminal activity for the purpose of assisting a legitimate police investigation or operation is not before us: see *R. v. Hiscock* (1992), 72 C.C.C. (3d) 303 (Que. C.A.), at pp. 329-30.

[8] Échec au crime a interjeté appel devant la Cour de la décision du juge de première instance en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26. Le ministère public ne conteste pas la qualité d'Échec au crime pour interjeter appel en l'espèce.

[9] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. En ce qui concerne la question principale, le juge de première instance a exclu la dénonciation du champ d'application du privilège relatif aux indicateurs de police en se fondant sur le fait que M. Corner a téléphoné à Échec au crime pour détourner l'attention de sa personne dans le contexte d'une enquête policière. À mon avis, ce faisant il n'a pas commis d'erreur. Le privilège de l'indicateur n'existe pas lorsqu'une personne téléphone à Échec au crime avec l'intention de faciliter une activité criminelle ou d'entraver l'administration de la justice<sup>1</sup>. Dans de telles circonstances, mettre l'identité de la personne en question à l'abri grâce à la protection quasi absolue que confère le privilège relatif aux indicateurs de police compromettrait, voire annihilerait, sa raison d'être. En conséquence, je suis d'avis d'annuler les portions suivantes du jugement sur la demande d'autorisation d'appel rendu par la Cour le 20 octobre 2016 : (1) l'ordonnance de non-publication du nom de M. Corner et de toute information qui permettrait d'identifier la source de la dénonciation anonyme et (2) l'ordonnance de mise sous scellés visant la documentation déposée par les parties.

[10] En ce qui concerne la question secondaire, je suis d'avis que la procédure suivie par le juge de première instance était raisonnable. Cela étant, la présente affaire offre à la Cour l'occasion de clarifier la procédure qui devrait être suivie, ainsi que les garanties qui peuvent être mises en place lorsque le ministère public conteste l'applicabilité du privilège relatif aux indicateurs de police dans le cas d'une dénonciation anonyme faite auprès d'Échec au crime.

<sup>1</sup> Nous ne sommes pas saisis de la question relative à un indicateur qui s'adonne à une activité criminelle pour contribuer à une enquête ou à une opération policière légitime : voir *R. c. Hiscock*, [1992] R.J.Q. 895 (C.A. Qc), p. 911-912.

### III. Issues

- [10a] 1. Does informer privilege apply to the anonymous tip made to Crime Stoppers in this case?
2. What is the procedure to be followed by a court when the Crown challenges a claim of informer privilege over an anonymous tip made to Crime Stoppers?

### IV. Analysis

#### A. *Does Informer Privilege Apply to the Anonymous Tip Made to Crime Stoppers in This Case?*

##### (1) The Underlying Rationales of the Informer Privilege Rule

[11] Informer privilege is a common law rule that prohibits the disclosure of an informer's identity in public or in court. As a class privilege, informer privilege is not determined on a case-by-case basis. It exists where a police officer, in the course of an investigation, guarantees confidentiality to a prospective informer in exchange for information: *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389, at para. 36; *Bisailon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 105. The privilege acts as “a complete and total bar” on any disclosure of the informer's identity, subject only to the innocence at stake exception: *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, at para. 30. All information which might tend to identify the informer is protected by the privilege: *ibid.* The privilege belongs both to the Crown and to the informer and neither can waive it without the consent of the other: *ibid.*, at para. 25.

[12] As with all privileges, informer privilege is granted in the public interest. Informers pass on

### III. Questions en litige

- [10a] 1. Le privilège relatif aux indicateurs de police s'applique-t-il à la dénonciation anonyme faite en l'espèce auprès d'Échec au crime?
2. Quelle procédure le tribunal doit-il suivre lorsque le ministère public conteste une revendication du privilège relatif aux indicateurs de police portant sur une dénonciation anonyme faite auprès d'Échec au crime?

### IV. Analyse

#### A. *Le privilège relatif aux indicateurs de police s'applique-t-il à la dénonciation anonyme faite en l'espèce auprès d'Échec au crime?*

##### (1) La raison d'être du principe du privilège relatif aux indicateurs de police

[11] Le privilège relatif aux indicateurs de police est un principe de common law qui interdit de divulguer l'identité de l'indicateur tant au public qu'au tribunal. À titre de privilège générique, celui relatif aux indicateurs de police n'est pas jugé au cas par cas. Il existe lorsque, dans le cadre de son enquête, un policier garantit à un éventuel indicateur la confidentialité en échange de renseignements : *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389, par. 36; *Bisailon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, p. 105. Le privilège a pour effet d'interdire de façon absolue toute divulgation de l'identité de l'indicateur, sous réserve uniquement de l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé : *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253, par. 30. Ce privilège assure la protection de tout renseignement susceptible de permettre l'identification de l'indicateur : *ibid.* Le privilège appartient à la fois au ministère public et à l'indicateur et ni l'un ni l'autre ne peut y renoncer sans le consentement de l'autre : *ibid.*, par. 25.

[12] Comme pour tout autre privilège, celui relatif aux indicateurs de police est accordé dans l'intérêt

useful information to the police which may otherwise be difficult or even impossible to obtain. They thus play a critical role in the investigation of crime and the apprehension of criminals. The police and the criminal justice system rely on informers — and society as a whole benefits from their assistance: see *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 9; *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368, at para. 30. In fulfilling this important role, informers often face the risk of retribution from those involved in criminal activity: *Leipert*, at para. 9. Accordingly, informer privilege was developed to protect the identity of citizens who provide information to law enforcement: *ibid.* By protecting those who assist the police in this manner — and encouraging others to do the same — the privilege furthers the interests of justice and the maintenance of public order: see *R. v. Hiscock* (1992), 72 C.C.C. (3d) 303 (Que. C.A.), at p. 328, leave to appeal refused, [1993] 1 S.C.R. vi. As this Court noted in *Bisaillon*:

The public interest which requires secrecy regarding police informers' identity is the maintenance of an efficient police force and an effective implementation of the criminal law. [p. 97]

Likewise, in *Named Person*, LeBel J., writing in dissent, but not on this point, stated that

the social justification for this privilege was found in the need to ensure performance of the policing function and maintenance of law and order. [Citation omitted; para. 111.]

[13] Informer privilege is particularly important in the context of anonymous informers. In *Leipert*, this Court noted that preserving the anonymity of callers to Crime Stoppers and other public service organizations working to combat crime is critical to the effectiveness of law enforcement:

public. Les indicateurs transmettent à la police des informations utiles qui seraient autrement difficiles pour elle, voire impossibles, à d'obtenir. Ils jouent donc un rôle crucial dans les enquêtes sur le crime et l'apprehension des criminels. La police et le système de justice pénale comptent sur les indicateurs, et la société dans son ensemble bénéficie de leur assistance : voir *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 9; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368, par. 30. Lorsqu'ils exercent ce rôle important, les indicateurs courent souvent le risque de subir des représailles de la part des individus impliqués dans des activités criminelles : *Leipert*, par. 9. Le privilège relatif aux indicateurs de police a donc été conçu pour protéger l'identité des citoyens qui fournissent des informations aux forces de l'ordre : *ibid.* En protégeant ceux qui aident ainsi la police — et en encourageant d'autres à le faire —, ce privilège sert l'intérêt de la justice et le maintien de l'ordre public : voir *R. c. Hiscock*, [1992] R.J.Q. 895 (C.A. Qc), p. 910-911, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 1 R.C.S. vi. Comme la Cour l'a fait observer dans l'arrêt *Bisaillon* :

L'intérêt public qui impose le secret relatif à l'identité de l'indicateur de police est le maintien d'un service de police efficace et l'application effective des lois criminelles. [p. 97]

Dans le même ordre d'idées, dans l'arrêt *Personne désignée*, le juge LeBel, qui était dissident, mais non sur ce point, a déclaré que

la justification sociale de ce privilège se trouvait dans la nécessité d'assurer l'exécution de la fonction policière et le maintien de l'ordre public. [Référence omise; par. 111.]

[13] Le privilège relatif aux indicateurs de police revêt une importance particulière dans le cas des indicateurs anonymes. Dans l'arrêt *Leipert*, la Cour a fait observer qu'il était essentiel de protéger l'anonymat de quiconque communique par téléphone avec Échec au crime ou d'autres organismes publics voués à la lutte contre le crime pour garantir l'efficacité du travail des forces de l'ordre :

It is the promise of anonymity which allays the fear of criminal retaliation which otherwise discourages citizen involvement in reporting crime. In turn, by guaranteeing anonymity, Crimestoppers provides law enforcement with information it might never otherwise obtain.

(Para. 11, quoting *People v. Callen*, 194 Cal.App.3d 558 (1987), at p. 563.)

In *Leipert*, the Court recognized that informer privilege may apply where an anonymous tip is made to Crime Stoppers.

[14] Informer privilege is of such fundamental importance to the criminal justice system and to society at large that it is “near-absolute” and is subject to only the innocence at stake exception: *Basi*, at para. 37; *Barros*, at para. 1. This exception provides that where disclosure of the informer’s identity is necessary to show the innocence of an accused, the informer’s identity can be disclosed for that limited purpose: *Leipert*, at para. 20. Our abhorrence of wrongful convictions requires no less. As such, the right of an accused to establish his or her innocence by raising a reasonable doubt takes precedence over protecting an informer’s identity: *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at pp. 995-96.

[15] Apart from the innocence at stake exception, the informer privilege rule is absolute. Courts must give effect to it and are not entitled to balance the benefit of the privilege against countervailing considerations: *Leipert*, at paras. 12-13. Through informer privilege, the law recognizes that the public interest in protecting the identity of informants prevails over other policy concerns: see D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7th ed. 2015), at p. 302. The police, the Crown and courts are bound by the rule and are under a duty to protect the informer’s identity: *Barros*, at para. 37.

C’est la promesse d’anonymat qui dissipe la crainte de représailles criminelles qui, autrement, dissuaderait les citoyens de signaler des crimes. Par contre, en garantissant l’anonymat, Échec au crime fournit aux autorités chargées d’appliquer la loi des renseignements qu’elles ne pourraient peut-être jamais obtenir autrement.

(Par. 11, citant l’arrêt *People c. Callen*, 194 Cal. App.3d 558 (1987), p. 563.)

Dans l’arrêt *Leipert*, la Cour a reconnu que le privilège relatif aux indicateurs de police pouvait s’appliquer lorsqu’une dénonciation anonyme était faite auprès d’Échec au crime.

[14] Le privilège relatif aux indicateurs de police est à ce point important pour le système de justice pénale et pour la société en général qu’il est « quasi absolu » et ne souffre qu’une seule exception, celle concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé : *Basi*, par. 37; *Barros*, par. 1. Cette exception prévoit que, lorsqu’il est nécessaire de divulguer l’identité de l’indicateur pour démontrer l’innocence de l’accusé, elle peut être révélée à cette seule fin limitée : *Leipert*, par. 20. Notre aversion à condamner un innocent n’en exige pas moins. Ainsi, le droit de l’accusé de démontrer son innocence en faisant naître un doute raisonnable l’emporte sur la protection de l’identité de l’indicateur : *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, p. 995-996.

[15] Le privilège relatif aux indicateurs de police s’applique de façon absolue, sous réserve uniquement de l’exception concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé. Les tribunaux doivent l’appliquer et ils ne peuvent soupeser l’avantage qui en découle en tenant compte de facteurs compensatoires : *Leipert*, par. 12-13. Au moyen du privilège relatif aux indicateurs de police, le droit reconnaît que l’intérêt qu’a le public à protéger l’identité des indicateurs l’emporte sur toute autre considération de principe : voir D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7<sup>e</sup> éd. 2015), p. 302. La police, le ministère public et les tribunaux sont liés par ce privilège et ils sont tenus de protéger l’identité des indicateurs : *Barros*, par. 37.

(2) The Scope of Informer Privilege(a) *The Scope of Informer Privilege Is Limited by Its Underlying Rationales*

[16] Mr. Corner and Crime Stoppers submit that all persons who call Crime Stoppers are confidential informers and are entitled to informer privilege. They assert that the “privilege attaches automatically: literally, as soon as the phone rings”: A.F. (Crime Stoppers), at para. 54. I would not give effect to this submission. As I will explain, informer privilege does not apply where a person has made a communication to Crime Stoppers with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice. In such circumstances, unlike a claim of innocence at stake which is treated as an *exception* to a communication that otherwise comes within the scope of informer privilege, a communication in furtherance of criminality is excluded from the scope of informer privilege.

[17] The scope of informer privilege is limited by its underlying rationales. As Binnie J. noted in *Barros*, “it is important not to extend [the privilege’s] scope beyond what is necessary to achieve its purpose of protecting informers and encouraging individuals with knowledge of criminal activities to come forward to speak to the authorities”: para. 28. In other words, informer privilege cannot be interpreted to apply where it would compromise the very objectives that justify its existence. As indicated, informer privilege is granted in the public interest, to assist the police in the investigation of crime and the apprehension of criminals — and thus to further the interests of justice and the maintenance of public order. Where someone acts with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice — for example, by making a call to Crime Stoppers with the intention of misleading the police in a criminal investigation

(2) La portée du privilège relatif aux indicateurs de policea) *La raison d’être du privilège relatif aux indicateurs de police en limite la portée*

[16] M. Corner et Échec au crime affirment que tous ceux qui téléphonent à Échec au crime sont des indicateurs confidentiels et ont droit au privilège relatif aux indicateurs de police. Ils affirment que [TRANSDUCTION] « le privilège s’applique automatiquement, littéralement, dès que le téléphone sonne » : m.a. (Échec au crime), par. 54. Je ne retiens pas cet argument. Comme je vais l’expliquer, le privilège relatif aux indicateurs de police ne s’applique pas lorsqu’une personne communique avec Échec au crime avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice. En pareil cas, à la différence de la revendication de privilège fondée sur la démonstration de l’innocence de l’accusé — laquelle est considérée comme une *exception* qui s’applique à une communication visée par ailleurs par le champ d’application du privilège relatif aux indicateurs de police —, la communication qui vise à faciliter une activité criminelle est exclue de la portée du privilège relatif aux indicateurs de police.

[17] La raison d’être du privilège relatif aux indicateurs de police en limite la portée. Ainsi que le juge Binnie l’a souligné dans l’arrêt *Barros*, « il est important de ne pas étendre [la] portée [du privilège] au-delà de ce qui est nécessaire pour qu’il atteigne son objectif de protéger les indicateurs et [d’]inciter les personnes au courant d’activités criminelles [à] en parler aux autorités » : par. 28. En d’autres termes, le privilège relatif aux indicateurs de police ne peut être interprété de manière à ce qu’il s’applique lorsqu’il irait à l’encontre des objectifs mêmes qui en justifient l’existence. Comme je l’ai déjà expliqué, ce privilège est octroyé dans l’intérêt du public, pour aider la police dans les enquêtes qu’elle mène au sujet de crimes et dans l’appréhension des criminels — il sert donc l’intérêt de la justice et favorise le maintien de l’ordre public. Lorsque quelqu’un agit avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice — par exemple,

— shielding this person’s identity behind the near absolute protection of informer privilege would compromise, if not negate, the privilege’s objectives. Informer privilege therefore does not arise in these circumstances, even though the person may have been promised confidentiality by law enforcement in exchange for information.

[18] This point was made persuasively by the Quebec Court of Appeal in *Hiscock*. In that decision, LeBel J.A., as he then was, considered whether informer privilege applied to wiretap evidence that consisted of recordings of conversations in which the accused, a police informer, discussed his narcotics business. The wiretap evidence was used at trial to convict the informer of trafficking and possession of narcotics. On appeal, the informer argued that the wiretap evidence was inadmissible because it was protected by informer privilege.

[19] Justice LeBel observed that informers often operate in morally grey zones and that people who engage in misconduct in the course of providing information to the police may still be entitled to informer privilege. In this regard, he referred to *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494, a case in which a majority of this Court found that informer privilege applied to doctors and hospital employees, who had improperly obtained private medical information, because they had provided that information to the police for investigative purposes. Even though the doctors and the hospital employees had engaged in misconduct, protecting their identities did not undermine the objectives underlying informer privilege. Rather, their actions

en téléphonant à Échec au crime avec l’intention de lancer la police qui est en train de mener une enquête criminelle sur une fausse piste —, mettre son identité à l’abri grâce à la protection quasi absolue que confère le privilège relatif aux indicateurs de police compromettrait, voire annihilerait, la raison d’être de ce dernier. Le privilège relatif aux indicateurs de police ne s’applique donc pas en pareil cas, même si les forces de l’ordre ont pu promettre la confidentialité à la personne en cause en échange des renseignements communiqués.

[18] C’est ce que la Cour d’appel du Québec a expliqué de manière convaincante dans l’arrêt *Hiscock*. Dans cette affaire, le juge LeBel (plus tard juge de notre Cour) s’est penché sur la question de savoir si le privilège relatif aux indicateurs de police s’appliquait aux éléments de preuve qui avaient été recueillis par suite d’une mise sur écoute électronique et qui consistaient en des enregistrements de conversations au cours desquelles l’accusé, un indicateur de police, discutait de son commerce de stupéfiants. Les éléments de preuve recueillis grâce à l’écoute électronique avaient été utilisés au procès afin de condamner l’indicateur pour trafic et possession de stupéfiants. En appel, l’indicateur a fait valoir que les éléments de preuve recueillis grâce à l’écoute électronique n’étaient pas admissibles en preuve parce qu’ils étaient protégés par le privilège relatif aux indicateurs de police.

[19] Le juge LeBel a noté que l’action de l’indicateur se situe souvent dans des marges grises sur le plan moral et que des individus qui commettent des actes répréhensibles pour fournir des informations à la police peuvent malgré tout avoir droit au privilège relatif aux indicateurs de police. À cet égard, il a cité l’arrêt *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d’enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494, dans lequel les juges majoritaires de la Cour avaient conclu que le privilège relatif aux indicateurs de police s’appliquait à des médecins et à des employés d’hôpitaux qui avaient obtenu de façon illégitime des renseignements médicaux privés, puisque ces personnes avaient transmis ces renseignements à la police pour faciliter son enquête. Même si les médecins et les employés

assisted police investigations and encouraged others in similar circumstances to do the same.

[20] By contrast, in *Hiscock*, the police informer was acting with the intention of furthering his own personal criminal activity. In these circumstances, Justice LeBel noted that interpreting informer privilege to exclude the wiretap evidence would

grant [the accused] a license to commit criminal offences solely in the interests of the accused. . . . If one were to accept [the accused's] argument, the privilege invoked would be completely diverted from its goal, since it was used for an end and interests which are contrary to those which justify it in Canadian public law. [p. 330]

[21] Likewise, in *Named Person*, LeBel J., in dissent, but not on this point, stated:

I concluded [in *Hiscock*] that the privilege should not be interpreted and applied so as to authorize the commission of criminal acts in the sole interest of the accused and therefore could not be used by the accused as they proposed to use it . . . . The opposite interpretation would have endorsed an abuse of the privilege, given its objective. [para. 111]

[22] I agree with Justice LeBel's observations in *Hiscock* and *Named Person*. In sum, informer privilege does not arise where the person is engaging in conduct which is intended to further criminal activity or interfere with the administration of justice, even if this person has received a promise of confidentiality from police in exchange for information. And in the context of an anonymous tip to Crime Stoppers, the privilege will not avail in circumstances in which a caller provides a tip with the intention of misleading the police — thus effectively obstructing justice — nor where a person engages

d'hôpitaux s'étaient mal conduits, la protection de leur identité ne compromettrait pas les objectifs qui sous-tendent le privilège relatif aux indicateurs de police. Les actes qui leur étaient reprochés avaient en réalité facilité le travail d'enquête des policiers et avaient incité d'autres personnes se trouvant dans une situation semblable à agir eux aussi comme indicateurs.

[20] En revanche, dans l'affaire *Hiscock*, l'indicateur de police avait agi avec l'intention de faciliter sa propre activité criminelle. Dans ces conditions, le juge LeBel a souligné que si on interprétait le privilège de l'indicateur de telle sorte que les éléments de preuve recueillis grâce à l'écoute électronique soient exclus, cela reviendrait à

accorder [à l'accusé] une licence de commettre des actes criminels dans le seul intérêt du prévenu. [ . . . ] Si l'on acceptait l'argument [de l'accusé], le privilège que l'on invoque se trouverait complètement détourné de sa finalité, puisque utilisé pour une fin et des intérêts contraires à ceux qui le justifient dans le droit public canadien. [p. 912]

[21] De même, dans l'arrêt *Personne désignée*, le juge LeBel — qui était dissident, mais non sur ce point — a déclaré ce qui suit :

J'ai conclu [dans l'arrêt *Hiscock*] que le privilège ne devait pas être interprété et appliqué de manière à autoriser la commission d'actes criminels dans le seul intérêt du prévenu et qu'il ne pouvait donc pas être utilisé par les accusés tel qu'ils proposaient de le faire [ . . . ] L'interprétation contraire aurait cautionné une utilisation abusive du privilège, eu égard à son objectif. [par. 111]

[22] Je souscris aux observations formulées par le juge LeBel dans les arrêts *Hiscock* et *Personne désignée*. En somme, le privilège relatif aux indicateurs de police ne s'applique pas lorsque l'intéressé se livre à des actes avec l'intention de faciliter une activité criminelle ou d'entraver l'administration de la justice, et ce, même s'il a reçu des policiers la promesse que la confidentialité lui serait assurée en échange des renseignements communiqués. Ainsi, dans le contexte d'une dénonciation anonyme faite à Échec au crime, le privilège ne s'applique pas lorsque le dénonciateur qui téléphone est motivé par

in criminal activity solely in his or her personal interest, as was the case in *Hiscock*.

[23] The existence of the privilege in these circumstances would allow people who are acting to subvert the law to shield their identity behind a near absolute form of legal protection. These individuals are not confidential informers and should not have the benefit of the privilege. They are excluded from its scope. If privilege was found to exist in these circumstances, it might encourage others to engage in similar conduct, knowing that they too could shelter behind the privilege. This would constitute an abuse of a privilege that is designed to assist the police in their investigative work and the enforcement of the criminal law. In short, it would turn the principle on its head.

(b) *The Scope of Solicitor-Client Privilege Is Also Limited by Its Underlying Purposes*

[24] In excluding persons who act with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice, informer privilege is consistent with another class privilege: solicitor-client privilege. This privilege arises from a “communication between a lawyer and the client where the latter seeks lawful legal advice”: *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at para. 36. Solicitor-client privilege is designed to facilitate the administration of justice by encouraging clients to speak freely to their lawyers, so that lawyers can advise clients to the best of their abilities: see *McClure*, at para. 33.

[25] Not all communications between a client and his or her lawyer, however, are covered by solicitor-client privilege: see *McClure*, at para. 36. For privilege to apply, the communications must be made for

l’intention d’induire les policiers en erreur — entravant donc en fait la justice —, ni lorsque l’individu se livre à des activités criminelles uniquement dans son intérêt personnel, comme c’était le cas dans l’affaire *Hiscock*.

[23] Si l’on accordait en pareilles circonstances le privilège relatif aux indicateurs de police à des individus qui cherchent à contourner la loi, on leur permettrait de protéger leur identité en la faisant bénéficier d’une protection légale presque absolue. Ces individus ne sont pas des indicateurs confidentiels et ils ne devraient pas pouvoir bénéficier du privilège. Ils sont exclus de son champ d’application. Qui plus est, si l’on concluait à l’existence du privilège en pareilles circonstances, on pourrait inciter d’autres personnes à agir de la même façon en sachant qu’elles peuvent aussi se retrancher derrière le privilège. Cela constituerait un abus d’un privilège qui est censé aider les policiers dans leur travail d’enquête et de répression du crime. Bref, on le dénaturerait complètement.

(b) *La portée du privilège du secret professionnel de l’avocat est également limitée par sa raison d’être*

[24] Exclure les personnes qui agissent avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice de la portée du privilège relatif aux indicateurs de police est conforme à l’approche applicable à un autre privilège générique, celui du secret professionnel de l’avocat. Pour qu’une communication soit privilégiée, il doit s’agir d’une « communication entre un avocat et son client au cours de laquelle ce dernier sollicite des conseils juridiques licites » : *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 36. Le secret professionnel de l’avocat vise à faciliter l’administration de la justice en incitant les clients à parler librement à leur avocat, de manière à ce que celui-ci puisse les conseiller le mieux possible : *McClure*, par. 33.

[25] Or, les communications entre un avocat et son client ne sont pas toutes privilégiées : voir *McClure*, par. 36. En effet, seules les communications faites « dans le but légitime d’obtenir une aide



the “legitimate purpose of obtaining lawful professional advice or assistance”: *ibid.*, at para. 37. The privilege will not exist where the communications between a lawyer and a client “are criminal or else made with a view to obtaining legal advice to facilitate the commission of a crime”: *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at para. 55. As this Court noted in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 881, citing *R. v. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153, at p. 167, the rule does not apply to these communications, because “the protection of such communications cannot possibly be otherwise than injurious to the interests of justice, and to those of the administration of justice”. In these circumstances, the relationship is no longer that of the client and the lawyer in “the ordinary scope of professional employment” — rather, it is between two co-conspirators or a person planning the commission of a crime and an “unwitting dupe”: *Campbell*, at para. 55, citing *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at pp. 835-36. The application of the privilege to these communications would shelter the identity of persons who are seeking legal advice to facilitate the commission of crimes or conspiring to commit crimes. If solicitor-client privilege existed to protect such communications, “the result would be that a man intending to commit treason or murder might safely take legal advice for the purpose of enabling himself to do so with impunity”: *Cox and Railton*, at pp. 165-66.

[26] The rule of solicitor-client privilege thus recognizes that in exceptional circumstances — where communications between a lawyer and client are criminal or where legal advice is sought for the purpose of facilitating a crime — the privilege does not exist, because otherwise it would undermine the interests of justice and thus the very reason for granting the privilege in the first place. Likewise, informer privilege does not exist where it would compromise the underlying rationales for the rule.

ou des conseils professionnels licites » le sont : *ibid.*, par. 37. Ainsi, le privilège n'existe pas lorsque les communications entre l'avocat et son client « sont de nature criminelle ou qu'elles visent à obtenir un avis juridique pour faciliter la perpétration d'un crime » : *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 55. Comme la Cour l'a signalé dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 881, citant l'arrêt *R. c. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153, p. 167, le secret professionnel de l'avocat ne s'applique pas à ces communications, parce que « [leur] confidentialité [. . .] ne pourrait que nuire aux intérêts de la justice et de son administration ». Dans ces conditions, les communications ne relèvent plus « de la portée ordinaire des secrets professionnels » entre un avocat et son client : il s'agit plutôt de communications entre deux complices ou entre un individu en train de planifier un crime et « une dupe » : *Campbell*, par. 55, citant *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 835-836. L'application du privilège à ce type de communications protégerait l'identité des personnes qui sollicitent des conseils juridiques dans le but de faciliter la perpétration d'un crime ou de comploter pour commettre un crime. Si le privilège du secret professionnel de l'avocat existait pour protéger de telles communications, [TRADUCTION] « il s'ensuivrait que l'individu qui a l'intention de commettre une trahison ou un meurtre pourrait en toute sécurité consulter un avocat dans le but d'avoir le loisir de le faire en toute impunité » : *Cox and Railton*, p. 165-166.

[26] La règle relative au secret professionnel de l'avocat reconnaît donc que, dans certaines circonstances exceptionnelles — lorsque les communications entre l'avocat et son client sont d'ordre criminel ou que les conseils juridiques sont sollicités dans le but de faciliter la perpétration d'un crime —, le privilège n'existe pas parce qu'il nuirait aux intérêts de la justice, ce qui contreviendrait à sa raison d'être même. De même, le privilège relatif aux indicateurs de police n'existe pas lorsque le fait de l'octroyer compromettrait les raisons qui justifient son existence.

(c) *The Policy Concern About Chilling Effects*

[27] Crime Stoppers and Mr. Corner submit that if privilege does not automatically apply to anonymous tips made to Crime Stoppers, this will have a chilling effect on citizens who provide information to Crime Stoppers: A.F. (Crime Stoppers), at para. 78. The privilege must apply “as soon as the phone rings” at Crime Stoppers, otherwise callers who are misinformed about the details of suspects or events, or those who deliberately distort or disguise certain details to protect themselves, may be investigated by the police or exposed to the risk of criminal sanction: *ibid.*, at paras. 74 and 78. This, they say, will dissuade citizens from providing information to Crime Stoppers.

[28] With respect, I do not share their concern. In the case of anonymous tips made to Crime Stoppers, informer privilege will apply except in those cases where it can be shown that the person called with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice. This is a high bar to meet. It requires a heightened mental element and involves a high degree of moral blameworthiness. Callers who are *bona fide* informers have no cause to be concerned about being excluded from the protection of the privilege. In the vast majority of cases, informer privilege will apply to a tip made to Crime Stoppers. Only those who possess the requisite intent need be concerned.

[29] Furthermore, informer privilege is not an absolute rule. As indicated, it is subject to one exception: where an accused’s innocence is at stake. Callers cannot know whether their identities will be disclosed through the innocence at stake exception, yet this has not been shown to deter people from providing information to Crime Stoppers. By contrast, where a person calls with an intention of furthering criminal activity or interfering with the

c) *Les considérations de principe au sujet des effets paralysants*

[27] Échec au crime et M. Corner soutiennent que, si le privilège ne s’applique pas automatiquement aux dénonciations anonymes faites auprès d’Échec au crime, il en résultera un effet paralysant pour les citoyens qui fournissent des renseignements à cet organisme : m.a. (Échec au crime), par. 78. Pour eux, le privilège doit s’appliquer « dès que le téléphone sonne » chez Échec au crime, faute de quoi ses interlocuteurs qui sont mal informés au sujet des détails relatifs aux suspects ou aux faits ou qui déforment ou omettent délibérément certains détails pour se protéger eux-mêmes risquent de faire l’objet d’enquêtes de la part de la police ou de se voir infliger des sanctions pénales : *ibid.*, par. 74 et 78. À leur avis, ces risques dissuaderaient les citoyens de fournir des renseignements à Échec au crime.

[28] En toute déférence, je ne partage pas leur appréhension. Dans le cas des dénonciations anonymes faites à Échec au crime, le privilège relatif aux indicateurs s’applique, sauf dans les cas où il est possible de démontrer que l’intéressé a téléphoné avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice. Il est difficile d’établir cette intention, qui requiert un élément moral exigeant et se caractérise par une grande culpabilité morale. Ceux qui téléphonent et qui sont des indicateurs de bonne foi n’ont aucune raison de craindre d’être exclus du champ d’application du privilège. D’ailleurs, dans la très grande majorité des cas, le privilège relatif aux indicateurs s’applique à la dénonciation faite auprès d’Échec au crime. Seules les personnes qui ont l’intention requise ont raison de craindre que le privilège ne s’applique pas à elles.

[29] Qui plus est, le privilège relatif aux indicateurs ne s’applique pas de façon absolue. Comme je l’ai déjà expliqué, il souffre une exception, celle concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé. Or, ceux qui téléphonent ne peuvent savoir si leur identité sera révélée par suite de l’application de cette exception, et il n’a pas été démontré que cela dissuade certaines personnes de fournir des renseignements à Échec au crime. En revanche, lorsqu’une

administration of justice, informer privilege will not apply for precisely that reason — something entirely within the person’s control. Given that the innocence at stake exception has not been shown to deter callers, I fail to see how such an exclusion could have a deterrent effect on *bona fide* informers.

(d) *The Determination of Whether Informer Privilege Applies Is Made on a Balance of Probabilities*

[30] In *Basi*, this Court stated that “[i]n determining whether the privilege exists, the judge must be satisfied, on a balance of probabilities, that the individual concerned is indeed a confidential informant”: para. 39. In cases such as this, where the Crown alleges that the privilege does not apply to a Crime Stoppers tip because the caller acted with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice, the onus rests with the Crown to show, on a balance of probabilities, that the person made the tip with the requisite intention such that they are excluded from the scope of the privilege.

[31] To be clear, where it has been established that informer privilege *does* exist and the party is seeking to invoke the innocence at stake exception, the party must show that the evidence is necessary to the demonstration of the accused’s innocence: *Leipert*, at para. 21. This stringent threshold is warranted because the claim of privilege has been successful and the other party is seeking to limit or abridge its application.

personne téléphone avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice, le privilège relatif aux indicateurs ne s’applique pas, précisément pour cette raison — ce qui relève entièrement de la volonté de la personne concernée. Puisqu’il n’a pas été établi que l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé dissuade ceux qui souhaitent fournir des renseignements à Échec au crime, je ne puis voir en quoi cette exclusion pourrait dissuader les indicateurs de bonne foi d’agir.

d) *La question de savoir si le privilège relatif aux indicateurs s’applique est tranchée en fonction de la norme de la prépondérance des probabilités*

[30] Dans l’arrêt *Basi*, la Cour a affirmé que, « [l]orsqu’il se prononce sur l’existence du privilège, le juge doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la personne en cause est effectivement un indicateur confidentiel » : par. 39. Dans des situations semblables à celle de la présente affaire, où le ministère public soutient que le privilège ne s’applique pas à une dénonciation faite auprès d’Échec au crime parce que l’individu qui a téléphoné a agi avec l’intention de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice, il incombe au ministère public de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que celui qui a téléphoné avait l’intention requise lorsqu’il a fait sa dénonciation, de sorte qu’il ne peut bénéficier du privilège.

[31] En termes clairs, lorsque l’existence du privilège relatif aux indicateurs *est* établie et que la partie au litige cherche à invoquer l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé, cette partie doit établir que la preuve est nécessaire pour démontrer l’innocence de l’accusé : *Leipert*, par. 21. Ce seuil exigeant est justifié parce que l’existence du privilège a été établie et que l’autre partie cherche à en restreindre l’application.

(e) *Application to This Case*

[32] The application judge did not err in concluding that privilege did not apply to the Crime Stoppers tip. It was reasonable for the application judge to find, on a balance of probabilities, that Mr. Corner made the tip and that he did so to divert attention away from himself in a police investigation. This finding was well-supported by the following evidence, upon which the application judge relied:

1. The caller's report that the four men waited near the crime scene for five to ten minutes after the fatal shooting of Mr. Niazi was unlikely to be true;
2. Police examination of the area around the crime scene was inconsistent with the caller's report that he saw four male persons there;
3. Mr. Corner was observed by the police ending a call on a public pay phone around the same time the call to Crime Stoppers was terminated; and
4. There were significant similarities between Mr. Corner's statements to the police about three male persons at the crime scene — which he later admitted were false — and the descriptions of the four male persons given by the anonymous caller.

[33] In light of this evidence, I see no basis for interfering with the application judge's finding that Mr. Corner was the caller and that he made the call with the intention of interfering with the administration of justice. I would therefore uphold the application judge's decision that informer privilege does not apply to the tip.

e) *Application à la présente affaire*

[32] Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que le privilège ne s'appliquait pas à la dénonciation reçue par Échec au crime. Il a conclu à raison, selon la prépondérance des probabilités, que M. Corner avait fait la dénonciation, et ce, afin de détourner l'attention de l'enquête policière de sa personne. Cette conclusion était bien étayée par les éléments de preuve suivants, sur lesquels s'est fondé le juge de première instance :

1. La déclaration du dénonciateur selon laquelle les quatre hommes ont attendu près des lieux du crime pendant cinq à dix minutes après que M. Niazi eut été tué par balle n'était probablement pas vraie;
2. L'examen par la police des abords des lieux du crime était incompatible avec la déclaration du dénonciateur selon laquelle il avait vu quatre personnes de sexe masculin là-bas;
3. La police a vu M. Corner alors qu'il terminait un appel téléphonique fait depuis un téléphone public payant vers l'heure à laquelle l'appel à Échec au crime a pris fin;
4. Des similitudes importantes existaient entre les déclarations que M. Corner a faites à la police au sujet de la présence de trois personnes de sexe masculin sur les lieux du crime — déclarations dont il a plus tard admis qu'elles étaient fausses — et la description des quatre hommes donnée par le dénonciateur anonyme.

[33] Eu égard à ces éléments de preuve, je ne vois aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Corner était celui qui a téléphoné et qu'il l'a fait avec l'intention d'entraver l'administration de la justice. En conséquence, je confirmerais la décision du juge de première instance selon laquelle le privilège relatif aux indicateurs ne s'applique pas à la dénonciation.

B. *What Is the Procedure to Be Followed by a Court When the Crown Challenges a Claim of Privilege Over an Anonymous Tip?*

[34] The second issue concerns the procedure to be followed when the Crown challenges a claim of informer privilege over an anonymous tip made to Crime Stoppers on the basis that the tip was made with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice. In this case, the Crown asserted that no privilege existed because it was Mr. Corner who made the call to Crime Stoppers and he did so with the intention of diverting the police investigation away from himself. In other cases, it may be the defence seeking to challenge the Crown's claim of privilege over an anonymous tip.<sup>2</sup> For present purposes, I propose to confine my comments to the procedure to be followed where the Crown brings the challenge.

(1) Proceeding *In Camera* and *Ex Parte*

[35] When a judge is determining whether informer privilege applies to an anonymous tip made to Crime Stoppers, he or she must proceed on the assumption that the privilege exists: *Basi*, at para. 44; *Named Person*, at para. 47. As this Court stated in *Basi*, “[n]o one outside the circle of privilege [the police, the Crown and the court] may access information over which the privilege has been claimed until a judge has determined that the privilege does not exist or that an exception applies”: para. 44. Accordingly, where the Crown challenges the validity of a privilege claim over an anonymous tip to Crime Stoppers, the court must consider whether

<sup>2</sup> For example, this could occur where the defence believes that privilege does not apply to a tip because it was made by a witness or a police officer with the intention of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice.

B. *Quelle procédure le tribunal doit-il suivre lorsque le ministère public conteste une revendication de privilège relatif aux indicateurs de police portant sur une dénonciation anonyme faite auprès d'Échec au crime?*

[34] La deuxième question à trancher concerne la procédure à suivre lorsque le ministère public conteste une revendication du privilège relatif aux indicateurs portant sur une dénonciation anonyme reçue par Échec au crime au motif que cette dénonciation a été faite avec l'intention de faciliter une activité criminelle ou d'entraver l'administration de la justice. Dans la présente affaire, le ministère public a soutenu qu'il n'existait aucun privilège parce que c'est M. Corner qui a fait l'appel à l'organisation Échec au crime, et ce, avec l'intention de détourner l'enquête de la police de sa personne. Dans d'autres cas, il se peut que ce soit la défense qui cherche à contester la revendication de privilège faite par le ministère public à l'égard d'une dénonciation anonyme<sup>2</sup>. Pour les besoins du présent pourvoi, j'ai l'intention de limiter mes commentaires à la procédure à suivre lorsque c'est le ministère public qui conteste le privilège.

(1) Instance à huis clos et *ex parte*

[35] Lorsque le juge détermine si le privilège relatif aux indicateurs s'applique à une dénonciation anonyme faite auprès d'Échec au crime, il doit présumer que le privilège existe : *Basi*, par. 44; *Personne désignée*, par. 47. Ainsi que la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Basi*, « [n]ul en dehors du cercle du privilège [la police, le ministère public et la cour] ne peut accéder aux renseignements à l'égard desquels le privilège est revendiqué tant qu'un juge n'a pas déterminé que le privilège n'existe pas ou qu'une exception s'applique » : par. 44. En conséquence, lorsque le ministère public conteste la validité d'une revendication de privilège portant sur

<sup>2</sup> Il pourrait en être ainsi lorsque la défense croit que le privilège ne s'applique pas à une dénonciation, parce que celle-ci a été faite par un témoin ou par un agent de police qui avait l'intention d'ainsi faciliter une activité criminelle ou d'entraver l'administration de la justice.

privilege in fact exists at an *in camera* hearing: *Basi*, at para. 38.

[36] The assumption that privilege exists also means that this *in camera* hearing will likely require an *ex parte* proceeding — in which the accused and defence counsel are excluded — to determine whether informer privilege applies to the tip. However, this Court has cautioned that *ex parte* proceedings raise serious concerns about procedural fairness, particularly in the context of criminal prosecutions: *Basi*, at para. 52. In order to protect the interests of accused persons, the judge should adopt

all reasonable measures to permit defence counsel to make meaningful submissions regarding what occurs in their absence. Trial judges have broad discretion to craft appropriate procedures in this regard.

(*ibid.*, at para. 55)

[37] In *Basi*, at paras. 56-58, Fish J. set out the several measures, summarized below, that application judges may wish to implement during an *ex parte* hearing being held *in camera*:

1. Permitting defence counsel to make submissions on the scope of informer privilege, such as who constitutes a confidential informer entitled to the privilege;
2. Inviting defence counsel to suggest questions to be put by the application judge to any witness that will be called at the *ex parte* proceeding;
3. Providing the defence with a redacted or a summarized version of some of the evidence presented *ex parte* after it has been edited to eliminate any possibility of disclosing the informer's identity; and

une dénonciation anonyme faite auprès d'Échec au crime, il incombe au tribunal de déterminer, dans le cadre d'une audience à huis clos, si le privilège existe effectivement : *Basi*, par. 38.

[36] La présomption de l'existence d'un privilège signifie également que cette audience à huis clos pourrait probablement devoir se dérouler *ex parte* — c.-à-d. en l'absence de l'accusé et de son avocat — en vue de déterminer si le privilège relatif aux indicateurs s'applique à la dénonciation. Cependant, la Cour a bien signalé que les audiences *ex parte* soulèvent de sérieuses préoccupations sur le plan de l'équité procédurale, particulièrement dans le contexte de poursuites pénales : *Basi*, par. 52. Afin de protéger les intérêts de l'accusé, le juge devrait adopter

toutes les mesures raisonnables pour permettre aux avocats de la défense de présenter des observations utiles en ce qui concerne ce qui se passe en leur absence. Les juges de première instance jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire pour concevoir la procédure appropriée à cet égard.

(*ibid.*, par. 55)

[37] Dans l'arrêt *Basi*, par. 56-58, le juge Fish a énoncé les différentes mesures, résumées ci-après, que le juge de première instance souhaitera peut-être prendre au cours d'une audience *ex parte* qui se déroule à huis clos :

1. permettre à l'avocat de la défense de présenter des observations au sujet de la portée du privilège relatif aux indicateurs de police, par exemple sur la question de savoir qui peut être un indicateur confidentiel ayant droit au privilège;
2. inviter l'avocat de la défense à proposer au juge de première instance des questions à poser à tout témoin assigné à l'instance *ex parte*;
3. fournir à la défense une version expurgée ou résumée de certains éléments de preuve présentés *ex parte* — expurgée pour éliminer toute possibilité de révéler l'identité de l'indicateur;

4. Appointing an *amicus curiae* in particularly difficult cases to attend the *ex parte* proceeding in order to provide assistance in assessing the claim of privilege.
- (2) The Application Judge Can Review the Record of an Anonymous Tip to Crime Stoppers
4. dans les cas particulièrement difficiles, désigner un *amicus curiae* qui sera présent lors de l'audience *ex parte* en vue d'aider le tribunal à se prononcer sur la revendication de privilège.
- (2) Le juge de première instance peut prendre connaissance du dossier relatif à une dénonciation anonyme reçue par Échec au crime

[38] Where the Crown has challenged a claim of privilege over an anonymous tip and the application judge holds an *in camera* hearing to determine whether informer privilege exists, the question arises whether the application judge may review the record of the anonymous tip. Crime Stoppers and Mr. Corner submit that the record of an anonymous tip cannot be examined by the application judge until a question of innocence at stake has been raised on the evidence. They submit that, if a court can review the record of the tip before innocence has been shown to be at stake, citizens will be discouraged from providing information to Crime Stoppers.

[39] I would not give effect to this argument. Common sense dictates that the judge will require access to the record of the tip to determine whether the privilege exists. This stands to reason because whether the privilege exists will often turn on what the person said during the call to Crime Stoppers — and whether what was said conveyed an intention to further criminal activity or interfere with the administration of justice. Moreover, the court, as a guardian of privilege, has a duty to uphold an informer's confidentiality. I note that judges routinely review contents of tips from informers in the context of search warrant and wiretap authorizations, as well as *Garofoli* applications. Therefore, in my view, the judge's review of the record of the tip does not raise any concern that, in doing so, he or she might compromise informer privilege.

[38] Lorsque le ministère public conteste une revendication de privilège à l'égard d'une dénonciation anonyme et que le juge de première instance décide de tenir une audience à huis clos pour juger de l'existence ou non du privilège relatif aux indicateurs, il faut savoir si le juge de première instance peut examiner ou non le dossier de la dénonciation anonyme. Échec au crime et M. Corner soutiennent que le juge de première instance ne peut examiner ce dossier que lorsque la preuve soulève une question liée à la démonstration de l'innocence de l'accusé. Selon eux, si le tribunal peut examiner le dossier de la dénonciation avant qu'il soit établi que l'innocence de l'accusé est en jeu, les citoyens seront dissuadés de fournir des informations à Échec au crime.

[39] Je ne retiens pas cet argument. Le bon sens commande que le juge doive consulter le dossier de la dénonciation pour déterminer si le privilège existe. Cela va de soi, car la détermination de l'existence du privilège dépend, dans bien des cas, des propos que la personne a tenus lors de son appel téléphonique à Échec au crime et de la mesure dans laquelle ces propos indiquaient une intention de faciliter une activité criminelle ou d'entraver l'administration de la justice. Qui plus est, à titre de protecteur du privilège, le tribunal a l'obligation de préserver la confidentialité de l'indicateur. Je souligne que les juges examinent couramment la teneur des dénonciations faites par les indicateurs dans le contexte des autorisations visant des demandes de mandat de perquisition et d'écoute électronique, ainsi que des demandes de type *Garofoli*. En conséquence, à mon avis, l'examen du dossier de la dénonciation par le juge ne soulève aucune préoccupation liée au risque que cet examen compromette le privilège relatif aux indicateurs.

(3) The Application Judge May Require a Preliminary Showing Before Proceeding to a Determination of Whether Informer Privilege Exists

[40] When the Crown brings an application to introduce evidence of an anonymous tip over which privilege has been claimed, this may result in significant costs to the trial process. An application of this nature can give rise to several different forms of prejudice. In all cases, a court's assessment of whether privilege applies to the anonymous tip will inevitably lengthen and complicate the proceedings. There may also be a risk that the anonymous informer's identity could be disclosed in breach of the court's duty to uphold the privilege. In this regard, it may be difficult (and sometimes impossible) to determine which details of the information provided by an anonymous informer will result in that person's identity being revealed (see *The Law of Evidence*, at p. 303; *Leipert*, at para. 28) and whether procedural safeguards — such as those proposed in *Basi* (see above at para. 37) — can adequately address the risk. This risk is heightened when one considers that the determination of whether informer privilege exists is made not on the criminal standard, but on the lesser balance of probabilities standard.

[41] Furthermore, moral and reasoning prejudice may be significant where the Crown alleges that the accused made the tip with the intention of interfering with a police investigation. These concerns are particularly acute in a jury trial. If the jury accepts that the accused made the call to Crime Stoppers to divert attention away from himself, this could discredit the character of the accused in the eyes of the jury and create a risk of impermissible propensity reasoning: see *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908, at para. 31. In addition, reasoning prejudice may result from introducing the tip into evidence. The allegation that the accused made the

(3) Le juge de première instance peut demander une démonstration préliminaire avant de se prononcer sur l'existence du privilège relatif aux indicateurs de police

[40] La présentation d'une requête par le ministère public en vue d'être autorisé à présenter des éléments de preuve relativement à une dénonciation anonyme faisant l'objet d'une revendication de privilège est susceptible de comporter des désavantages importants pour l'instruction du procès. Une demande de cette nature peut entraîner plusieurs types différents de préjudices. Peu importe le scénario envisagé, le temps et l'énergie que le tribunal consacre à déterminer si le privilège s'applique ou non à la dénonciation retarde et complique inévitablement le déroulement de l'instance. Il se peut également que l'identité de l'indicateur anonyme soit révélée malgré l'obligation du tribunal de protéger le privilège. À cet égard, il peut être difficile (et parfois impossible) de savoir quels détails parmi les renseignements fournis par l'indicateur anonyme sont susceptibles de révéler son identité (voir *The Law of Evidence*, p. 303; *Leipert*, par. 28) et jusqu'à quel point les garanties procédurales — semblables à celles qui ont été proposées dans l'arrêt *Basi* (voir par. 37 des présents motifs) — sont suffisantes pour tenir compte du risque. Ce risque est encore plus élevé lorsqu'on considère que la décision relative à l'existence du privilège relatif aux indicateurs est prise non pas en fonction de la norme applicable en matière criminelle, mais bien selon la norme moins rigoureuse de la prépondérance des probabilités.

[41] Qui plus est, des préjudices moral et par raisonnement sérieux peuvent être causés si le ministère public soutient que l'accusé a fait la dénonciation avec l'intention d'entraver l'enquête policière. Ces préoccupations sont particulièrement sérieuses dans le cas d'un procès devant jury. S'il conclut que l'accusé a fait la dénonciation auprès d'Échec au crime pour détourner l'attention de lui-même, le jury peut avoir une opinion défavorable au sujet de la personnalité de l'accusé et se livrer à un raisonnement fondé sur la propension, ce qui est interdit : voir *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908, par. 31. De plus, la présentation en



call will inevitably lengthen the trial and may distract the jury's focus from the offence for which the accused is being tried: *ibid.*

[42] Another concern is that the probative value of such evidence may be low. In some cases, the evidence may not be particularly relevant to the material issues in dispute. For example, in this case, Mr. Corner admitted that he alone was responsible for the shooting. Therefore, the evidence is not needed to prove the identity of the shooter; identity will be a non-issue. Additionally, such evidence may not be particularly relevant to proving that Mr. Corner was conscious of the fact that he had committed a culpable act. He may have had other reasons for misleading the police in their investigation. For example, where a person has killed another person in self-defence, that person may seek to throw the police off the trail for fear that he or she will be charged with murder: see *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, at para. 36; D. M. Paciocco, "Simply Complex: Applying the Law of 'Post-Offence Conduct' Evidence" (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275. Another relevant factor is whether the Crown can lead other less prejudicial evidence to support its position: *Handy*, at para. 83. For example, in this case, there is less prejudicial evidence that the Crown can lead to make the point that Mr. Corner intended to deflect attention away from himself during the police investigation, namely, his statements to the police which he subsequently admitted were false.

[43] In sum, applications of this nature can come with significant costs to the trial process and the probative value of the evidence may be marginal. In view of these concerns, it may make sense for the application judge to require a preliminary *in camera* showing by the Crown in support of its claim that the evidence is admissible, before proceeding to a determination of whether informer privilege exists: see *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017]

preuve de la dénonciation peut donner lieu à un préjudice par raisonnement. Une allégation selon laquelle l'accusé est l'auteur de l'appel téléphonique allonge inévitablement le procès et peut détourner l'attention du jury de l'infraction pour laquelle il est jugé : *ibid.*

[42] Il se peut aussi que la valeur probante d'un tel élément de preuve soit faible. Dans certains cas, la preuve n'est pas vraiment pertinente au regard des principaux points en litige. À titre d'exemple, en l'espèce, M. Corner a admis qu'il avait été le seul responsable de la mort par balle. Il n'est donc pas nécessaire de présenter la preuve en cause pour établir l'identité du tireur qui ne sera pas en litige. De plus, cet élément de preuve pourrait ne pas être particulièrement utile pour démontrer qu'il était conscient du fait qu'il avait commis un acte coupable. M. Corner avait peut-être d'autres raisons de lancer les policiers sur une fausse piste dans leur enquête. En effet, lorsqu'une personne en a tué une autre en état de légitime défense, elle peut tenter de tromper la vigilance de la police par crainte d'être accusée de meurtre : voir *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, par. 36; D. M. Paciocco, « Simply Complex : Applying the Law of "Post-Offence Conduct" Evidence » (2016), 63 *Crim. L.Q.* 275. Un autre facteur pertinent est celui de savoir si le ministère public peut prouver ce qu'il avance à l'aide d'autres éléments de preuve moins préjudiciables : *Handy*, par. 83. Par exemple, dans la présente affaire, le ministère public peut présenter des éléments de preuve moins préjudiciables pour établir que M. Corner avait l'intention de détourner l'attention de l'enquête policière de lui-même, en produisant en preuve les déclarations que M. Corner avait faites à la police et dont il avait subséquentement admis qu'elles étaient fausses.

[43] Bref, les requêtes de cette nature peuvent comporter des désavantages importants pour l'instruction du procès et la valeur probante des éléments de preuve en cause peut s'avérer négligeable. Compte tenu de ces réserves, avant qu'il ne se prononce sur l'existence du privilège relatif aux indicateurs, le juge de première instance peut logiquement exiger du ministère public qu'il présente, au cours d'une audience à huis clos, des observations et des éléments

1 S.C.R. 659, at para. 38; *R. v. Kutynec* (1991), 7 O.R. (3d) 277 (C.A.), at pp. 288-89; *R. v. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193 (B.C.C.A.). This may involve an “exclusion showing”, a “probity showing”, or both.

[44] For an exclusion showing, the Crown would be required to outline the basis upon which it is alleging that informer privilege does not apply. This may include a submission by the Crown about the evidence it expects to adduce to establish the identity of the informer and the requisite intent of furthering criminal activity or interfering with the administration of justice. The judge may decide that a hearing is unwarranted if he or she finds that the challenge is based on evidence that is weak or speculative.

[45] The probity showing requires the Crown to demonstrate that there is a realistic prospect that the probative value of the evidence will outweigh its prejudicial effect.<sup>3</sup> If the judge is satisfied that there is no realistic prospect that the probative value of the proposed evidence outweighs its prejudicial effect — which includes any increased trial time and moral and reasoning prejudice — then the judge should exercise his or her discretion to dismiss the challenge to the privilege claim.

[46] Both the exclusion showing and the probity showing will likely need to be heard *ex parte* and the judge may consider providing a redacted or summarized version of the submissions to the

<sup>3</sup> This assessment applies where the evidence does not relate directly to the offence with which the accused is charged. Where the evidence relates directly to the elements of the offence — for example, a charge of obstruction of justice contrary to s. 139 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 — then clearly the evidence will pass this test and a preliminary showing of probity will likely be unnecessary.

de preuve préliminaires au sujet de l’admissibilité de la preuve : *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, par. 38; *R. c. Kutynec* (1991), 7 O.R. (3d) 277 (C.A.), p. 288-289; *R. c. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193 (C.A. C.-B.). Le juge peut ainsi demander au ministère public de donner un aperçu de ses observations quant à l’inapplicabilité du privilège, de démontrer l’existence d’une possibilité réaliste que la valeur probante des éléments de preuve l’emporte sur leur effet préjudiciable, ou de faire les deux.

[44] Dans le premier cas, le ministère public aurait à donner un aperçu des motifs pour lesquels il affirme que le privilège relatif aux indicateurs ne s’applique pas en présentant, par exemple, des observations au sujet des éléments de preuve qu’il compte soumettre pour établir l’identité de l’indicateur et l’intention de ce dernier de faciliter une activité criminelle ou d’entraver l’administration de la justice. Le juge peut décider qu’une audience n’est pas justifiée s’il conclut que la contestation repose sur des éléments de preuve faibles ou conjecturaux.

[45] S’agissant du deuxième cas, le ministère public aurait à démontrer l’existence d’une possibilité réaliste que la valeur probante des éléments de preuve l’emporte sur leur effet préjudiciable<sup>3</sup>. Si le juge est convaincu qu’il n’y a aucune possibilité réaliste que la valeur probante des éléments de preuve proposés l’emporte sur leur effet préjudiciable — ce qui comprend le préjudice découlant de la prolongation du procès, ainsi que tout préjudice moral ou préjudice par raisonnement —, il doit exercer son pouvoir discrétionnaire en rejetant la contestation de la revendication de privilège.

[46] Tant l’exposé sur l’inapplicabilité du privilège que la démonstration relative à l’existence d’une possibilité réaliste dont il a été question précédemment doivent vraisemblablement avoir lieu dans le

<sup>3</sup> Cette évaluation est faite lorsque la preuve ne concerne pas directement l’infraction reprochée à l’accusé. Lorsque la preuve concerne directement les éléments constitutifs de l’infraction — par exemple, l’accusation d’entrave à la justice visée à l’art. 139 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 —, il est indéniable qu’elle satisfera à ce critère, de sorte qu’une démonstration préliminaire de la valeur probante ne sera vraisemblablement pas nécessaire.

defence or appointing an *amicus curiae*, as suggested in *Basi*.

[47] To be clear, I should not be taken as suggesting that a preliminary *in camera* exclusion or probity showing must always be conducted in cases like the present one. The application judge retains a wide discretion when it comes to process and a reasonable determination in that regard should be accorded considerable deference.

#### (4) Application to This Case

[48] Before I turn to the procedure followed by the application judge in the instant case, I wish to address a concern that arises from the conduct of the Crown. Prior to any rulings being made by the application judge, the Crown disclosed to the defence the Crime Stoppers tip sheet and all relevant information in its possession about it. This, in my view, should not have occurred. As discussed, informer privilege is not a matter of discretion for the police, the Crown, or the courts to apply. Rather, they are bound by the rule and must assume that the privilege exists until a court has determined otherwise.

[49] Turning to the procedure followed in this case, in my view, the application judge carefully considered the court's duty to uphold informer privilege and adopted a reasonable procedure. The application judge held an *in camera* hearing to determine whether informer privilege applied to the Crime Stoppers tip. There was no need for an *ex parte* proceeding in this case because the Crown had earlier

cadre d'une audience *ex parte* et le juge peut envisager la possibilité de fournir à la défense une version expurgée ou résumée des observations ou de désigner un *amicus curiae*, ainsi que la Cour l'a suggéré dans l'arrêt *Basi*.

[47] Par souci de clarté, je précise que je ne voudrais pas laisser entendre que, dans les situations semblables à celle de la présente affaire, il faille toujours, dans le cadre d'une audience à huis clos, entendre l'exposé d'un aperçu des observations quant à l'inapplicabilité du privilège ou la démonstration de l'existence d'une possibilité réaliste que la valeur probante des éléments de preuve l'emporte sur leur effet préjudiciable. Le juge de première instance conserve un large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le déroulement de l'instance et l'on doit faire preuve d'une grande retenue à l'égard de toute décision raisonnable qu'il rend à ce sujet.

#### (4) Application à la présente affaire

[48] Avant de me pencher sur la procédure qu'a suivie le juge de première instance en l'espèce, je tiens à formuler une observation au sujet de la conduite qu'a eue le ministère public en l'espèce. Avant que le juge de première instance ne prenne quelque décision que ce soit, le ministère public a communiqué à la défense la fiche de la dénonciation faite auprès d'Échec au crime et tous les renseignements pertinents qui se trouvaient en sa possession à ce sujet. À mon avis, il n'aurait pas dû le faire. Comme je l'ai déjà souligné, l'application du privilège relatif aux indicateurs ne relève pas du pouvoir discrétionnaire de la police, du ministère public ou encore des tribunaux. Les uns comme les autres sont liés par la règle applicable et doivent présumer que le privilège existe jusqu'à ce qu'un tribunal en décide autrement.

[49] En ce qui concerne la procédure suivie en l'espèce, j'estime que le juge de première instance a examiné attentivement l'obligation du tribunal de protéger le privilège relatif aux indicateurs de police et qu'il a suivi une procédure raisonnable. Il a tenu une audience à huis clos pour déterminer si le privilège relatif aux indicateurs s'appliquait à la dénonciation faite auprès d'Échec au crime. Aucune

disclosed the tip sheet to the defence, albeit improperly. The application judge reasonably determined that he could view the content of the tip sheet to determine whether informer privilege existed. Once the application judge decided that informer privilege did not apply to the Crime Stoppers tip, he reconvened in open court to assess the probative value of the evidence against its prejudicial effect. His determination that the probative value of the evidence outweighed its prejudicial effect is not in issue on this appeal.

#### V. Conclusion

[50] For these reasons, I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant Durham Regional Crime Stoppers Inc.: Clay & Company, Victoria; Michelle E. Booth, Barrister and Solicitor, Toronto.*

*Solicitors for the appellant Keenan Corner: Derstine Penman, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.*

audience *ex parte* n'était nécessaire en l'espèce, parce que le ministère public avait déjà communiqué la fiche de dénonciation à la défense, bien qu'à tort. Le juge de première instance a raisonnablement conclu qu'il pouvait examiner la teneur de la fiche pour juger de l'existence du privilège relatif aux indicateurs. Après avoir décidé que le privilège ne s'appliquait pas à la dénonciation faite auprès d'Échec au crime, il a repris l'audience devant toutes les parties et leurs avocats pour évaluer la valeur probante des éléments de preuve en regard de leur effet préjudiciable. Sa conclusion selon laquelle la valeur probante des éléments de preuve l'emportait sur leur effet préjudiciable n'est pas en litige dans le présent pourvoi.

#### V. Conclusion

[50] Pour les motifs qui ont été exposés, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelante Durham Regional Crime Stoppers Inc. : Clay & Company, Victoria; Michelle E. Booth, Barrister and Solicitor, Toronto.*

*Procureurs de l'appelant Keenan Corner : Derstine Penman, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.*

**Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

**Daniel Thouin and Automobile Protection Association** *Respondents*

- and -

**Ultramar Ltd., Olco Petroleum Group ULC, Irving Oil Limited, Alimentation Couche-Tard inc., Dépan-Escompte Couche-Tard inc., Couche-Tard inc., Global Fuels Inc., Global Fuels (Québec) Inc., Philippe Gosselin & Associés Itée, Céline Bonin and Claude Bédard** *Appellants*

v.

**Daniel Thouin and Automobile Protection Association** *Respondents*

and

**Attorney General of Quebec** *Intervener*

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. THOUIN**

**2017 SCC 46**

File No.: 36869.

2017: May 24; 2017: September 28.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC**

*Civil procedure — Evidence — Immunity — Class action against oil companies and retailers who had been subjects of investigation by Competition Bureau — Motion for permission to examine chief investigator from Competition Bureau and for order requiring Attorney General of Canada to disclose evidence obtained in investigation — Objection based on Crown immunity — Whether chief investigator may be required to submit to*

**Procureur général du Canada** *Appelant*

c.

**Daniel Thouin et Association pour la protection automobile** *Intimés*

- et -

**Ultramar Itée, Groupe Pétrolier Olco ULC, Les Pétroles Irving inc., Alimentation Couche-Tard inc., Dépan-Escompte Couche-Tard inc., Couche-Tard inc., Les Pétroles Global inc., Les Pétroles Global (Québec) inc., Philippe Gosselin & Associés Itée, Céline Bonin et Claude Bédard** *Appellants*

c.

**Daniel Thouin et Association pour la protection automobile** *Intimés*

et

**Procureure générale du Québec** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. THOUIN**

**2017 CSC 46**

N° du greffe : 36869.

2017 : 24 mai; 2017 : 28 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Wagner, Gascon, Brown et Rowe.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Procédure civile — Preuve — Immunité — Recours collectif contre des pétrolières et détaillants ayant fait l'objet d'une enquête menée par le Bureau de la concurrence — Requête sollicitant l'autorisation d'interroger l'enquêteur-chef du Bureau de la concurrence ainsi qu'une ordonnance enjoignant au procureur général du Canada de communiquer des éléments de preuve obtenus dans le cadre de l'enquête — Objection fondée sur*

*discovery under Quebec rules of civil procedure in proceedings in which neither Crown nor chief investigator is party — Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 27 — Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17.*

*Crown law — Prerogatives — Immunity — Civil procedure — Obligation to provide discovery — Whether Parliament has lifted common law Crown immunity from discovery and, if so, to what extent — Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 27 — Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17.*

The respondents instituted a class action against the appellant oil companies and retailers further to allegations of a conspiracy to fix gasoline retail prices in certain regions of Quebec, which allegations had already been investigated by the Competition Bureau of Canada. In their class action, the respondents sought permission to examine the Competition Bureau's chief investigator and an order requiring the Attorney General of Canada, as the Competition Bureau's legal representative, to disclose to them all intercepted communications and all documents in the investigation file. The appellants countered by raising the common law immunity from discovery on the ground that neither the Crown nor the chief investigator was a party in the class action.

The Superior Court granted the respondents' motion, granting permission to summon the chief investigator to be examined on discovery solely for the purpose of obtaining information about any knowledge he had specific to the territory covered by the class action. It also ordered the disclosure of any recordings and documents relevant to the proceedings in this case. The Court of Appeal dismissed the appeal, concluding that Crown immunity could not be relied on in this case because of s. 27 of the *Crown Liability and Proceedings Act* ("CLPA"), which provides that "the rules of practice and procedure of the court in which proceedings are taken apply in those proceedings". The Court of Appeal held that s. 27 establishes a general rule that applies in any proceedings by, against or involving the Crown.

*Held:* The appeal should be allowed.

*l'immunité de l'État — L'enquêteur-chef peut-il être contraint à un interrogatoire préalable en vertu des règles de procédure civile québécoises lorsque ni l'État ni l'enquêteur-chef ne sont parties au litige concerné? — Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, c. C-50, art. 27 — Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 17.*

*Droit de la Couronne — Prerogatives — Immunité — Procédure civile — Assujettissement à un interrogatoire préalable — L'immunité de l'État en matière d'interrogatoire préalable reconnue par la common law a-t-elle été écartée par le législateur fédéral et, le cas échéant, dans quelle mesure? — Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, c. C-50, art. 27 — Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 17.*

Les intimés ont entrepris un recours collectif contre les pétrolières et détaillants appelants par suite d'allégations de complot en vue de fixer les prix de l'essence à la pompe dans certaines régions du Québec, ces allégations ayant précédemment fait l'objet d'une enquête menée par le Bureau de la concurrence du Canada. Dans le cadre de leur recours collectif, les intimés ont sollicité l'autorisation d'interroger l'enquêteur-chef du Bureau de la concurrence, ainsi qu'une ordonnance enjoignant au procureur général du Canada, en sa qualité de représentant légal du Bureau de la concurrence, de leur faire part de toutes les communications interceptées et de tous les documents que renferme le dossier d'enquête. Les appelants s'y opposent en invoquant l'immunité de common law en matière d'interrogatoire préalable au motif que ni l'État ni l'enquêteur-chef ne sont parties au recours collectif.

La Cour supérieure accueille la requête des intimés et permet l'assignation de l'enquêteur-chef pour un interrogatoire préalable à la seule fin d'obtenir des précisions concernant les éléments d'information dont ce dernier dispose sur les territoires visés par le recours collectif. Elle ordonne aussi, le cas échéant, la communication des enregistrements et documents pertinents se rapportant au litige visé. La Cour d'appel rejette l'appel et conclut qu'il n'est pas possible d'invoquer une immunité de l'État en l'espèce compte tenu de l'art. 27 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* (« LRCE »), qui prévoit que « les instances suivent les règles de pratique et de procédure du tribunal saisi ». Selon la Cour d'appel, cette disposition énonce une règle générale applicable dans tout litige susceptible d'intéresser l'État, à titre de partie ou autrement.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

Crown immunity, which originated in the common law, can be overridden only with clear and unequivocal legislative language. Both Parliament and the provincial legislatures have gradually placed limits on this immunity in order to draw the legal position of the Crown and its servants closer to that of other Canadian litigants in, among other areas, that of civil liability. It is up to the courts to give meaning to legislative provisions that narrow the limits of the immunity and to determine its scope, where necessary.

Section 17 of the *Interpretation Act* serves as a starting point in each case in which the Crown might have immunity by confirming that unless the immunity is clearly lifted, the Crown continues to have it. It must therefore be determined whether, in the instant case, Parliament has lifted the common law Crown immunity from discovery and, if so, to what extent.

Section 27 of the CLPA provides that the Crown is subject to the “rules of practice and procedure of the court” where proceedings in which it is a party are taken. The effect of this section is that the Crown’s immunity is lifted in such cases and that the rules of civil procedure, including those on discovery, apply to the Crown. Parliament made a clear choice when it introduced s. 27 into the CLPA, thereby imposing the application of such rules on the Crown in proceedings in which it is a party. However, s. 27 does not indicate a clear and unequivocal intention on Parliament’s part to lift the Crown’s immunity by requiring the Crown to submit to discovery in proceedings in which it is not a party.

When s. 27 is considered in light of its words and of all the sections of the CLPA, together with its legislative history, it is clear that it applies only to proceedings in which the Crown is a party. The words “in which proceedings are taken” and “those proceedings” in s. 27 necessarily refer to the provisions of the same subpart of the CLPA that concern “proceedings against the Crown”. That Act has evolved such that the obligation to submit to discovery in proceedings in which one is a party now applies to the Crown, but it does no more than that. In the absence of a clear and unequivocal expression of legislative intent, it is not open to the courts to depart from a recognized common law rule in this regard. Given that neither the Crown nor the chief investigator is a party in the proceedings in this case, the chief investigator may refuse, on the basis of the Crown’s immunity from discovery, to submit to the examination on discovery in question.

L’immunité de l’État, qui émane de la common law, ne peut être mise de côté que par le biais d’une expression claire et non équivoque du législateur. Le législateur, tant au palier fédéral qu’au palier provincial, a graduellement réduit cette immunité afin de rapprocher la situation juridique de l’État et de ses préposés de celle des autres justiciables canadiens, notamment en matière de responsabilité civile. Il revient aux tribunaux de donner un sens aux textes législatifs qui tempèrent la portée de cette immunité et d’en cerner l’étendue, le cas échéant.

L’article 17 de la *Loi d’interprétation* sert de point de départ dans chaque cas où une immunité pourrait exister en faveur de l’État en confirmant que, sans dérogation claire à l’immunité, l’État en jouit toujours. Il faut donc déterminer si, en l’espèce, l’immunité de l’État en matière d’interrogatoire préalable reconnue par la common law a été écartée par le législateur, et le cas échéant, dans quelle mesure.

L’article 27 de la LRCE soumet l’État aux « règles de pratique et de procédure du tribunal » de l’instance à laquelle l’État est partie. Cette disposition a pour effet d’écarter, dans ces cas, son immunité et de l’assujettir aux règles de la procédure civile, dont celles de l’interrogatoire préalable. Le législateur a fait un choix clair lorsqu’il a introduit l’art. 27 à la LRCE, soumettant ainsi l’État à de telles règles lorsqu’il est partie à un litige. Cependant, l’art. 27 ne dénote pas une intention claire et non équivoque du législateur de déroger à l’immunité de l’État relative à son assujettissement à un interrogatoire préalable lorsqu’il n’est pas partie au litige.

À la lumière du libellé de l’art. 27 et de l’ensemble des articles de la LRCE, de même que de son historique législatif, il est clair que l’art. 27 ne s’applique que lorsque l’État est partie au litige. L’expression « les instances » de l’art. 27 renvoie nécessairement aux dispositions de la même sous-section de la LRCE portant sur les « poursuites visant l’État », les « poursuites exercées contre lui » et les « procès instruits contre l’État ». Cette loi a évolué afin d’assujettir l’État à l’obligation de se soumettre à un interrogatoire préalable quand il est partie au litige, sans plus. En l’absence d’une intention claire et non équivoque du législateur, il n’appartient pas aux tribunaux d’écarter une règle reconnue de la common law en la matière. Comme, en l’espèce, ni l’État ni l’enquêteur-chef ne sont parties au litige concerné, ce dernier peut invoquer l’immunité de l’État en matière d’interrogatoire préalable et ainsi refuser d’être assujéti à l’interrogatoire préalable recherché.

### Cases Cited

**Overruled:** *Temelini v. Ontario Provincial Police (Commissioner)* (1999), 44 O.R. (3d) 609; **considered:** *Imperial Oil v. Jacques*, 2014 SCC 66, [2014] 3 S.C.R. 287; **referred to:** *Canada Deposit Insurance Corp. v. Code* (1988), 49 D.L.R. (4th) 57; *Lizotte v. Aviva Insurance Co. of Canada*, 2016 SCC 52, [2016] 2 S.C.R. 521; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27.

### Statutes and Regulations Cited

*Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25, arts. 398 para. 1(3), 402.  
*Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 14.  
*Crown Liability Act*, S.C. 1952-53, c. 30.  
*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, Part II, ss. 23, 24, 25, 26, 27, 34.  
*Crown Liability and Proceedings (Provincial Court) Regulations*, SOR/91-604, ss. 7, 8.  
*Crown Proceedings Act, 1947* (U.K.), 10 & 11 Geo. 6, c. 44.  
*Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7.  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 16.  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17.

### Authors Cited

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.  
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. IV, 2nd Sess., 34th Parl., November 1st, 1989, p. 5414.  
 Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

### Jurisprudence

**Arrêt rejeté :** *Temelini c. Ontario Provincial Police (Commissioner)* (1999), 44 O.R. (3d) 609; **arrêt examiné :** *Pétrolière Impériale c. Jacques*, 2014 CSC 66, [2014] 3 R.C.S. 287; **arrêts mentionnés :** *Canada Deposit Insurance Corp. c. Code* (1988), 49 D.L.R. (4th) 57; *Lizotte c. Aviva, Cie d'assurance du Canada*, 2016 CSC 52, [2016] 2 R.C.S. 521; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

### Lois et règlements cités

*Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, art. 398 al. 1(3), 402.  
*Crown Proceedings Act, 1947* (R.-U.), 10 & 11 Geo. 6, c. 44.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 17.  
*Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, c. I-23, art. 16.  
*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, c. C-50, partie II, art. 23, 24, 25, 26, 27, 34.  
*Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.C. 1952-53, c. 30.  
*Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, c. C-38, art. 14.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7.  
*Règlement sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif (tribunaux provinciaux)*, DORS/91-604, art. 7, 8.

### Doctrine et autres documents cités

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.  
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 2<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 1<sup>er</sup> novembre 1989, p. 5415.  
 Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2009.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.



Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

Horsman, Karen, and Gareth Morley, eds. *Government Liability: Law and Practice*. Aurora, Ont.: Cartwright Law Group, 2007 (loose-leaf updated May 2017, release 25).

Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1982.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Émond, Mainville and Parent J.J.A.), 2015 QCCA 2159, [2015] AZ-51241727, [2015] Q.J. No. 14822 (QL), 2015 CarswellQue 13777 (WL Can.), affirming a decision of Godbout J., 2015 QCCS 1432, [2015] AZ-51166343, [2015] J.Q. n° 2923 (QL), 2015 CarswellQue 3026 (WL Can.). Appeal allowed.

*Bernard Letarte and Pierre Salois*, for the appellant the Attorney General of Canada.

*Louis P. Bélanger, Sidney Elbaz, Sylvain Lussier, Frédéric Plamondon, Louis-Martin O'Neill, Pierre-Luc Cloutier, Sébastien C. Caron, Michel C. Chabot and Guillaume Lavoie*, for the appellants Ultramar Ltd., the Olco Petroleum Group ULC, Irving Oil Limited, Alimentation Couche-Tard inc., Dépan-Escompte Couche-Tard inc., Couche-Tard inc., Global Fuels Inc., Global Fuels (Québec) Inc., Philippe Gosselin & Associés ltée and Claude Bédard.

Written submissions only by *Louis Belleau and Luc Jobin*, for the appellant Céline Bonin.

*Guy Paquette, Claudia Lalancette, Pierre LaTraverse and Jasmine Jolin*, for the respondents.

*Stéphane Rochette*, for the intervener.

Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2011.

Horsman, Karen, and Gareth Morley, eds. *Government Liability : Law and Practice*, Aurora (Ont.), Cartwright Law Group, 2007 (loose-leaf updated May 2017, release 25).

Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1982.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Émond, Mainville et Parent), 2015 QCCA 2159, [2015] AZ-51241727, [2015] J.Q. n° 14822 (QL), 2015 CarswellQue 12468 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Godbout, 2015 QCCS 1432, [2015] AZ-51166343, [2015] J.Q. n° 2923 (QL), 2015 CarswellQue 3026 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Bernard Letarte et Pierre Salois*, pour l'appelant le procureur général du Canada.

*Louis P. Bélanger, Sidney Elbaz, Sylvain Lussier, Frédéric Plamondon, Louis-Martin O'Neill, Pierre-Luc Cloutier, Sébastien C. Caron, Michel C. Chabot et Guillaume Lavoie*, pour les appellants Ultramar ltée, le Groupe Pétrolier Olco ULC, Les Pétroles Irving inc., Alimentation Couche-Tard inc., Dépan-Escompte Couche-Tard inc., Couche-Tard inc., Les Pétroles Global inc., Les Pétroles Global (Québec) inc., Philippe Gosselin & Associés ltée et Claude Bédard.

Argumentation écrite seulement par *Louis Belleau et Luc Jobin*, pour l'appelante Céline Bonin.

*Guy Paquette, Claudia Lalancette, Pierre LaTraverse et Jasmine Jolin*, pour les intimés.

*Stéphane Rochette*, pour l'intervenante.

English version of the judgment of the Court delivered by

GASCON AND BROWN JJ. —

### I. Introduction

[1] Crown immunity is deeply entrenched in our law. The Court has held that to override this immunity, which originated in the common law, requires clear and unequivocal legislative language. Over the years, both Parliament and the provincial legislatures have gradually placed limits on this immunity in order to draw the legal position of the Crown and its servants closer to that of other Canadian litigants. This is true in, among other areas, that of civil liability. Ultimately, it is up to the courts to give meaning to legislative provisions that narrow the limits of the immunity and to determine its scope, where necessary.

[2] The issue in this appeal is whether, under the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50 (“CLPA”), the obligation to submit to discovery in proceedings in which one is not a party applies to the federal Crown (“Crown”). More specifically, we must determine whether a chief investigator from the federal government’s Competition Bureau (“chief investigator”) may be required to submit to discovery under the rules of civil procedure that apply in Quebec in proceedings in which neither the Crown nor the chief investigator is a party. If so, we must then determine whether, in ordering the examination on discovery of the chief investigator, the Superior Court and the Court of Appeal erred with respect to the principles governing civil procedure in Quebec, including that of proportionality.

[3] For the reasons that follow, we are of the view that the courts below erred in their interpretation of the CLPA. Provincial rules on discovery do not apply to the Crown in proceedings in which it is not a party. The chief investigator may therefore refuse, on the basis of the Crown’s immunity from discovery,

Le jugement de la Cour a été rendu par

LES JUGES GASCON ET BROWN —

### I. Introduction

[1] L’immunité de l’État est bien ancrée dans notre droit. La Cour a reconnu que cette immunité, qui émane de la common law, ne peut être mise de côté que par le biais d’une expression claire et non équivoque du législateur. Au fil des ans, le législateur, tant au palier fédéral qu’au palier provincial, a graduellement réduit cette immunité afin de rapprocher la situation juridique de l’État et de ses préposés de celle des autres justiciables canadiens. C’est le cas entre autres en matière de responsabilité civile. Au bout du compte, il revient aux tribunaux de donner un sens aux textes législatifs qui tempèrent la portée de cette immunité et d’en cerner l’étendue, le cas échéant.

[2] La question qui se pose dans le présent pourvoi est celle de savoir si, aux termes de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, c. C-50 (« LRCE »), l’État fédéral (« État ») est assujéti à l’obligation de participer à un interrogatoire préalable dans un litige auquel il n’est pas partie. Plus précisément, nous devons déterminer si l’enquêteur-chef du Bureau de la concurrence du gouvernement fédéral (« enquêteur-chef ») peut être contraint à un interrogatoire préalable en vertu des règles de procédure civile qui prévalent au Québec dans une situation où ni l’État ni l’enquêteur-chef ne sont parties au litige concerné. Dans l’affirmative, nous devons subséquemment déterminer si, en ordonnant l’interrogatoire préalable de l’enquêteur-chef, la Cour supérieure et la Cour d’appel ont erré au regard des principes qui régissent la procédure civile au Québec, dont celui de la proportionnalité.

[3] Pour les raisons qui suivent, nous sommes d’avis que les cours inférieures ont erré dans leur interprétation de la LRCE. Les règles provinciales en matière d’interrogatoire préalable ne s’appliquent pas à l’État lorsqu’il n’est pas une partie au litige. Par conséquent, l’enquêteur-chef peut invoquer

to submit to the examination on discovery at issue in this case.

## II. Facts

[4] The respondent Daniel Thouin is the designated member in a class action instituted by the respondent Automobile Protection Association (“respondents”) against the appellant oil companies and retailers. The group on whose behalf he is acting consists of various people who claim to have purchased gasoline in 14 cities or regions of Quebec and who were allegedly the victims of a conspiracy by those oil companies and retailers to fix gasoline prices. The case proceeded in parallel with a similar class action concerning other cities or regions, that of Simon Jacques, Marcel Lafontaine and the Automobile Protection Association.

[5] The representatives in the two actions applied for permission to examine the chief investigator and for an order requiring the Attorney General of Canada (“AGC”), as the Competition Bureau’s legal representative, to disclose to them all intercepted communications and all documents in the Bureau’s file from its “Octane” investigation. That investigation had been launched in response to allegations that certain oil companies and retailers, including the appellants, had conspired to fix gasoline prices. During the 10 years of the “Octane” investigation, which began in 2004, the Bureau recorded more than 220,000 private communications.

## III. Decisions of the Courts Below

### A. *Judgment of the Superior Court — 2015 QCCS 1432*

[6] Godbout J., who heard the motion, granted permission to summon the chief investigator to be examined on discovery solely for the purpose of obtaining information about any knowledge he had specific to the territory covered by the class action, and also ordered the disclosure of any recordings and documents relevant to the proceedings in this case.

l’immunité de l’État en matière d’interrogatoire préalable et ainsi refuser d’être assujéti à l’interrogatoire préalable recherché ici.

## II. Cadre factuel

[4] L’intimé Daniel Thouin est le membre désigné du recours collectif entrepris par l’intimée l’Association pour la protection automobile (« intimés ») contre les pétrolières et détaillants appelants. Le groupe au nom duquel il agit comprend diverses personnes qui auraient acheté de l’essence sur le territoire de 14 villes ou régions du Québec et qui auraient été victimes d’un complot de ces pétrolières et détaillants visant à en fixer le prix. Ce dossier procède en parallèle avec un autre recours collectif similaire visant d’autres villes ou régions, celui de MM. Simon Jacques et Marcel Lafontaine et l’Association pour la protection automobile.

[5] Dans les deux recours, les représentants demandent l’autorisation d’interroger l’enquêteur-chef, ainsi qu’une ordonnance enjoignant au procureur général du Canada (« PGC »), en sa qualité de représentant légal du Bureau de la concurrence, de leur faire part de toutes les communications interceptées et de tous les documents que renferme le dossier constitué par le Bureau dans le cadre de son enquête « Octane ». Cette enquête a été initiée par suite d’allégations de complot visant des pétrolières et des détaillants, dont les appelants, pour fixer les prix de l’essence. Au cours des 10 années qu’a duré l’enquête « Octane », entreprise en 2004, le Bureau a enregistré plus de 220 000 communications privées.

## III. Décisions des instances inférieures

### A. *Jugement de la Cour supérieure — 2015 QCCS 1432*

[6] Le juge Godbout, saisi de la requête, permet l’assignation de l’enquêteur-chef pour un interrogatoire préalable à la seule fin d’obtenir des précisions sur les éléments d’information dont ce dernier dispose au sujet des territoires visés par le recours collectif et ordonne aussi, le cas échéant, la communication des enregistrements et documents pertinents se rapportant au litige visé.

[7] The AGC argued that the Crown had immunity under the CLPA given that it was not a party in the proceedings, but Godbout J. nonetheless granted permission to summon the chief investigator. He drew a parallel between the motion before him in Mr. Thouin's case and the one that had been at issue in this Court in *Imperial Oil v. Jacques*, 2014 SCC 66, [2014] 3 S.C.R. 287. In his view, this Court had confirmed in *Jacques* that a judge could order the Crown to disclose all communications intercepted during the "Octane" investigation to the plaintiffs under art. 402 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 ("C.C.P."), which was then in force. He found that, like art. 402 of the C.C.P., the provision at issue in *Jacques*, art. 398 para. 1(3) C.C.P., which concerns examination on discovery, excludes the immunity, because both articles are in the same chapter of the C.C.P., entitled "Special Proceedings Relating to Production of Evidence" (paras. 19-20 (CanLII)).

B. *Judgment of the Court of Appeal — 2015 QCCA 2159*

[8] The Court of Appeal, per Émond J.A., was instead of the view that this Court had not ruled on Crown immunity under the CLPA in *Jacques*, which meant that this question remained unresolved. The Court of Appeal therefore undertook its own interpretation of the CLPA in order to determine whether that Act expressly lifts the Crown's immunity under s. 17 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, thereby making it possible to apply the C.C.P.'s rules on examination on discovery to the Crown even in proceedings in which it is not a party.

[9] The Court of Appeal rejected the interpretation proposed by the AGC to the effect that all the provisions of Part II of the CLPA, including s. 27, which provides that "the rules of practice and procedure of the court in which proceedings are taken apply in those proceedings", apply only to proceedings against the Crown. Relying in part on the rule of consistent expression (*expressio unius est exclusio alterius*), it found that the absence of clear language expressly limiting the application of s. 27 to proceedings against the Crown supported the absence

[7] Le juge Godbout autorise l'assignation de l'enquêteur-chef malgré l'argument du PGC voulant que l'État bénéficie d'une immunité en vertu de la LRCE puisqu'il n'est pas partie au litige. Le juge trace un parallèle entre la requête dont il est saisi dans le dossier de M. Thouin et celle dont il a été question devant notre Cour dans l'arrêt *Pétrolière Impériale c. Jacques*, 2014 CSC 66, [2014] 3 R.C.S. 287. Il se dit d'avis que, dans cet arrêt, notre Cour confirme qu'un juge peut ordonner à l'État de faire part aux demandeurs l'ensemble des communications interceptées au cours de l'enquête « Octane », et ce en vertu de l'art. 402 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (« C.p.c. »), alors en vigueur. Il retient que, tout comme sous l'art. 402 du C.p.c., qui était en jeu dans l'arrêt *Jacques*, l'immunité est écartée sous l'art. 398 al. 1(3) du C.p.c., qui porte sur l'interrogatoire préalable, puisque ces deux articles se retrouvent au même chapitre du C.p.c. intitulé « Des procédures spéciales d'administration de la preuve » (par. 19-20 (CanLII)).

B. *Arrêt de la Cour d'appel — 2015 QCCA 2159*

[8] La Cour d'appel, sous la plume du juge Émond, est pour sa part d'avis que, dans *Jacques*, notre Cour ne s'est pas prononcée sur l'immunité de l'État en vertu de la LRCE; cette question demeure donc non résolue. Cela étant, la Cour d'appel procède à sa propre interprétation de cette loi afin de déterminer si celle-ci écarte expressément l'immunité de l'État codifiée à l'art. 17 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, permettant ainsi de l'assujettir aux règles de l'interrogatoire préalable prévues au C.p.c. même lorsqu'il n'est pas partie au litige.

[9] La Cour d'appel ne retient pas l'interprétation proposée par le PGC voulant que l'ensemble des dispositions de la partie II de la LRCE, y compris l'art. 27 qui prévoit que « les instances suivent les règles de pratique et de procédure du tribunal saisi », ne s'applique qu'aux litiges où l'État est poursuivi. Elle s'appuie en partie sur la règle d'uniformité d'expression (*expressio unius est exclusio alterius*) pour conclure que l'absence de termes clairs limitant expressément l'application de l'art. 27 aux seuls litiges où l'État est poursuivi milite en faveur de

of Crown immunity and the possibility of requiring the Crown to submit to discovery in this case. In the court's opinion, s. 27 establishes a general rule that applies in *any* proceedings by, against or involving the Crown. If Parliament had intended the rule in s. 27 to apply only to proceedings by or against the Crown, it would have said so, as it did elsewhere in the CLPA.

[10] The Court of Appeal concluded that s. 27 of the CLPA therefore lifts the Crown's immunity and that the chief investigator could be examined on discovery under the C.C.P. even though the Crown was not a party in the proceedings. The court was also of the view that the motion judge had properly considered the question of proportionality of the examination on discovery. In light of the great deference owed to case management decisions, it found that appellate intervention was not warranted.

#### IV. Issues

[11] The AGC and the other appellants — oil companies and retailers — argue that the Court of Appeal erred in holding that Quebec rules of civil procedure apply to the Crown by virtue of s. 27 of the CLPA and that the chief investigator can as a result be examined on discovery even though the Crown is not a party in the proceedings. The central question in this appeal is whether Parliament has clearly and unequivocally lifted Crown immunity in such a case. In the event that we answer this question in the affirmative, the appellants further argue that the examination was permitted improperly and in violation of the principles of the C.C.P. on the disclosure of evidence, including that of proportionality.

#### V. Relevant Legislative Provisions

[12] Crown immunity is recognized in s. 17 of the *Interpretation Act*, which reads as follows:

**17** No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty's rights or prerogatives in any manner, except as mentioned or referred to in the enactment.

l'absence d'une immunité de l'État et de la possibilité de l'assujettir à un interrogatoire préalable en l'espèce. La cour est d'avis que l'art. 27 énonce une règle générale applicable dans *tout* litige susceptible d'intéresser l'État, à titre de partie ou autrement. Si le législateur avait voulu que la règle énoncée à l'art. 27 ne s'applique qu'aux litiges où l'État est une partie ou est poursuivi, il l'aurait précisé, comme il le fait ailleurs dans la LRCE.

[10] La Cour d'appel conclut que l'art. 27 de la LRCE écarte donc l'immunité de l'État et que l'enquêteur-chef peut être interrogé au préalable conformément au C.p.c. même si l'État n'est pas partie au litige. La cour est aussi d'avis que le juge de première instance a adéquatement soupesé la question de la proportionnalité de l'interrogatoire préalable. Considérant le degré de déférence qui s'impose envers une décision de gestion d'instance, elle estime qu'il n'y a pas lieu d'intervenir en appel.

#### IV. Questions en litige

[11] Le PGC et les autres appelants, des pétrolières et des détaillants, soutiennent que la Cour d'appel a erré en concluant que l'art. 27 de la LRCE permet d'assujettir l'État aux règles de procédure civile québécoises de telle sorte que l'enquêteur-chef puisse être interrogé au préalable sans que l'État ne soit partie au litige. La question centrale que soulève ce pourvoi est de savoir si le législateur a écarté de façon claire et non équivoque l'immunité de l'État dans un tel cas. Si nous répondons à cette question par l'affirmative, les appelants soutiennent par ailleurs que l'interrogatoire a été erronément autorisé, en contravention des principes du C.p.c. qui régissent la communication de la preuve, dont celui de la proportionnalité.

#### V. Dispositions législatives pertinentes

[12] L'immunité de l'État est reconnue à l'art. 17 de la *Loi d'interprétation*, qui est libellé comme suit :

**17** Sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet sur ses droits et prérogatives.

[13] The respondents counter with s. 27 of the CLPA, the effect of which, they argue, is that the rules of practice and procedure of, in this case, the Quebec courts can apply to the Crown even in proceedings in which it is not a party. The Court of Appeal adopted this same interpretation. Section 27 of the CLPA reads as follows:

**27** Except as otherwise provided by this Act or the regulations, the rules of practice and procedure of the court in which proceedings are taken apply in those proceedings.

[14] Section 34 of the CLPA is also relevant to this appeal. It authorizes the Governor in Council to make regulations concerning the procedure that applies in proceedings involving the Crown:

**34** The Governor in Council may make regulations

- (a) prescribing rules of practice and procedure in respect of proceedings by, against or involving the Crown, including tariffs of fees and costs;
- (b) prescribing forms for the purposes of proceedings referred to in paragraph (a);
- (c) respecting the issue of certificates of judgments against the Crown;
- (d) making applicable to any proceedings by, against or involving the Crown all or any of the rules of evidence applicable in similar proceedings between subject and subject; and
- (e) generally respecting proceedings by, against or involving the Crown.

[15] The parties in this appeal also cite s. 7 of the *Crown Liability and Proceedings (Provincial Court) Regulations*, SOR/91-604 (“Regulations”):

**7** Subject to sections 37 to 39 of the *Canada Evidence Act*, where, under the provincial rules, there is [a] provision under which, if an action were an action between a corporation (other than an agency of the Crown) and another person, an officer or servant of the corporation could be examined for discovery, such officer or servant of the Crown or an agency of the Crown, as the case may

[13] Les intimés y opposent l’art. 27 de la LRCE. Selon eux, cette disposition permet d’assujettir l’État aux règles de pratique et de procédure des tribunaux du Québec en l’espèce, même s’il n’est pas partie au litige. C’est également l’interprétation qu’a adoptée la Cour d’appel. L’article 27 de la LRCE édicte ce qui suit :

**27** Sauf disposition contraire de la présente loi ou de ses règlements, les instances suivent les règles de pratique et de procédure du tribunal saisi.

[14] L’article 34 de la LRCE est aussi pertinent au débat. Il permet au gouverneur en conseil de rédiger des règlements relatifs à la procédure applicable aux poursuites intéressant l’État :

**34** Le gouverneur en conseil peut, par règlement :

- a) prescrire des règles de pratique et de procédure applicables lors des poursuites intéressant l’État, à titre de partie ou autrement, ainsi que fixer les tarifs d’honoraires et les dépens;
- b) établir des modèles ou formulaires relatifs à ces poursuites;
- c) régir la délivrance des certificats de jugements rendus contre l’État;
- d) appliquer aux poursuites intéressant l’État, à titre de partie ou autrement, toute règle de preuve applicable entre particuliers;
- e) d’une façon générale, prendre toute mesure nécessaire relativement aux poursuites intéressant l’État, à titre de partie ou autrement.

[15] L’article 7 du *Règlement sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif (tribunaux provinciaux)*, DORS/91-604 (« Règlement »), a aussi été invoqué par les parties au pourvoi :

**7** Sous réserve des articles 37 à 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lorsque les règles provinciales prévoient, pour une action entre une personne morale (autre qu’un organisme mandataire de l’État) et une autre personne, qu’un dirigeant ou un préposé de la personne morale peut être interrogé au préalable, un fonctionnaire ou un préposé de l’État ou de l’organisme mandataire de l’État, selon le cas,

be, as may be designated for the purpose by the Deputy Attorney General or after such designation by order of the court, may be examined for discovery during an action subject to the same conditions and with the same effect as would apply to the examination for discovery of the officer or servant of a corporation.

## VI. Analysis

### A. *Crown Immunity*

[16] Crown immunity has evolved over time in English and Canadian legislation and case law. At common law, the Crown could in times past be sued in contract or on a proprietary claim (K. Horsman and G. Morley, eds., *Government Liability: Law and Practice* (loose-leaf), at p. 1-40). However, it had “a number of prerogatives that rendered civil litigation against it very difficult” (*ibid.*). This was because the Crown was exempt from several obligations that applied to ordinary litigants, including the obligation to provide documentary or oral discovery (*ibid.*).

[17] Thus, because of its immunity, the Crown was historically exempt from the obligation to submit to discovery in proceedings in which it was a party. This was the case even though it could require the opposing party to be examined for discovery, and even where it was acting as plaintiff (Morley, at p. 1-40; see also P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at p. 90). This particular immunity was recognized in Canadian court decisions that predated the statutory provisions on Crown liability. The Alberta Court of Appeal explained the immunity as follows in *Canada Deposit Insurance Corp. v. Code* (1988), 49 D.L.R. (4th) 57:

In my view, the rule that the Crown and its agents are not subject to discovery does not arise from the assertion of a Crown prerogative but from an accident of history. Nevertheless, I am bound by precedent to require statutory authority, strictly construed, authorizing discovery of a Crown agent or officer. [p. 61]

que le sous-procureur général ou le tribunal, par ordonnance, désigne à cette fin peut être interrogé au préalable dans le cadre d’une action, sous réserve des mêmes conditions et avec le même effet que s’il s’agissait de l’interrogatoire au préalable d’un dirigeant ou d’un préposé d’une personne morale.

## VI. Analyse

### A. *L’immunité de l’État*

[16] L’immunité de l’État a évolué au fil du temps dans la législation et la jurisprudence anglaises et canadiennes. En common law, l’État pouvait jadis être poursuivi en responsabilité contractuelle ou dans le cadre d’une réclamation portant sur un droit de propriété (K. Horsman et G. Morley, dir., *Government Liability : Law and Practice* (feuilles mobiles), p. 1-40). Cependant, [TRADUCTION] « plusieurs prérogatives rendaient la poursuite au civil très onéreuse » (*ibid.*). En effet, l’État était autrefois soustrait à plusieurs obligations qui s’imposaient au justiciable ordinaire, dont, par exemple, l’assujettissement à un interrogatoire préalable ou la communication préalable de documents (*ibid.*).

[17] Ainsi, historiquement, en raison de son immunité, l’État échappait à l’obligation de se soumettre à un interrogatoire préalable lorsqu’il était partie au litige. C’était le cas même s’il pouvait l’exiger de la partie adverse et même s’il agissait en demande (Morley, p. 1-40; voir aussi P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4<sup>e</sup> éd. 2011), p. 90). La jurisprudence canadienne antérieure aux dispositions législatives portant sur la responsabilité civile de l’État reconnaissait cette immunité particulière. À cet égard, dans *Canada Deposit Insurance Corp. c. Code* (1988), 49 D.L.R. (4th) 57, la Cour d’appel de l’Alberta explique cette immunité de la façon suivante :

[TRADUCTION] À mon sens, la règle voulant que l’État et ses préposés ne puissent être contraints à la communication préalable n’est pas le fruit de l’affirmation d’une prérogative de l’État, mais résulte plutôt d’un accident de l’histoire. Quoi qu’il en soit, je suis tenu par la jurisprudence d’exiger une disposition habilitante qui, interprétée strictement, permet de contraindre un préposé ou un dirigeant de l’État à communiquer des éléments au préalable. [p. 61]

[18] If this immunity meant that the Crown was not then required to submit to discovery in proceedings in which it *was* a party, it stands to reason that, at common law, the Crown was certainly not required to do so in proceedings in which it *was not* a party.

[19] That being said, there is a presumption that the common law remains unchanged absent a clear and unequivocal expression of legislative intent. In *Lizotte v. Aviva Insurance Co. of Canada*, 2016 SCC 52, [2016] 2 S.C.R. 521, this Court summarized the case law on this point and noted “that it must be presumed that a legislature does not intend to change existing common law rules in the absence of a clear provision to that effect” (para. 56; see also *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 39; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1077; and R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 504-5).

[20] In this regard, s. 17 of the *Interpretation Act* now serves as a starting point in each case in which the Crown might have immunity. It reads as follows: “No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty’s rights or prerogatives in any manner, except as mentioned or referred to in the enactment.” In short, unless the immunity is clearly lifted, the Crown continues to have it. In *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, the Court recognized that s. 17 is indeed the starting point for the analysis regarding immunity and that, as a result, where there are no express words in an Act to the effect that the Act applies to the Crown, “it . . . remains to be decided whether the Crown is bound by necessary implication” (p. 50).

[21] In the past, language similar to the words “except as mentioned or referred to” in s. 17 had been used in s. 16 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, which provided that no enactment could bind the Crown, “except only as therein mentioned or referred to”. In *Oldman River* and in *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian*

[18] Si, grâce à cette immunité, l’État n’était alors pas assujéti aux interrogatoires préalables lorsqu’il *était* une partie au litige, il va de soi que, selon la common law, il n’y était certainement pas assujéti lorsqu’il *n’était pas* une partie au litige.

[19] Cela dit, il existe une présomption voulant que la common law demeure inchangée en l’absence d’une expression de volonté claire et non équivoque du législateur. Dans *Lizotte c. Aviva, Cie d’assurance du Canada*, 2016 CSC 52, [2016] 2 R.C.S. 521, notre Cour résume la jurisprudence sur ce point et rappelle « que l’on doi[t] présumer qu’un législateur n’a pas l’intention de modifier les règles de common law existantes à moins d’une disposition claire à cet effet » (par. 56; voir aussi *Parry Sound (district), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 39; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1077; et R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 504-505).

[20] À ce chapitre, l’art. 17 de la *Loi d’interprétation* sert aujourd’hui de point de départ dans chaque cas où une immunité pourrait exister en faveur de l’État. Il édicte ceci : « Sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n’a d’effet sur ses droits et prérogatives. » Bref, sans dérogation claire à l’immunité, l’État en jouit toujours. Dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, la Cour reconnaît que le point de départ de l’analyse en matière d’immunité est bel et bien cet art. 17 et, qu’en conséquence, lorsqu’une loi ne prévoit pas expressément qu’elle s’applique à l’État, « il reste [. . .] à déterminer si la Couronne est liée par déduction nécessaire » (p. 50).

[21] Une expression similaire à l’expression « [s]auf indication contraire » de l’art. 17 se retrouvait anciennement à l’art. 16 de la *Loi d’interprétation*, S.R.C. 1970, c. I-23. Ce dernier prévoyait que « sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue », nul texte de loi ne pouvait lier l’État. Dans *Oldman River et Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil*



*Radio-television and Telecommunications Commission*), [1989] 2 S.C.R. 225, the Court interpreted this wording and concluded that a legislature must use express language to lift Crown immunity unless it can be inferred that the purpose of the Act would be wholly frustrated if the Crown were not bound (see also H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at para. IX.90).

[22] With these principles in mind, it must therefore be determined whether, in the instant case, Parliament has lifted the common law Crown immunity from discovery and, if so, to what extent.

#### B. *Limits on the Crown's Immunity From Discovery*

[23] In about 1950, Parliament, drawing on the *Crown Proceedings Act, 1947* (U.K.), 10 & 11 Geo. 6, c. 44, that had been enacted in the United Kingdom, began to impose limits on the scope of the common law Crown immunity. In 1953, it passed the *Crown Liability Act*, S.C. 1952-53, c. 30 (Morley, at p. 1-41; Hogg, Monahan and Wright, at p. 9), which had the effect of expanding Crown liability and thus bringing the Crown's legal position closer to that of ordinary litigants. That *Crown Liability Act* was the predecessor of the CLPA that is at issue in this appeal. Today, Crown immunity still exists at the federal level in the context of civil proceedings, but only within the limits set in the CLPA and the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, the scope of which Parliament remains free to change (Brun, Tremblay and Brouillet, at paras. IX.72 and IX.73). It follows that the Crown is not in exactly the same legal position as ordinary litigants, since it still retains certain residual privileges and immunities under the current legislation.

[24] From this perspective, it should be noted that s. 27 of the CLPA now provides that the Crown is subject to the "rules of practice and procedure of the court" where proceedings in which it is a party are taken. The effect of this section is that the Crown's immunity is lifted in such cases and that the rules of

*de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*), [1989] 2 R.C.S. 225, notre Cour a interprété cette expression et a conclu qu'afin de déroger à l'immunité de l'État, le législateur doit utiliser des termes exprès à moins qu'il ne puisse être déduit que la loi serait privée de tout effet si l'État n'était pas lié (voir aussi H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6<sup>e</sup> éd. 2014), par. IX.90).

[22] Sur la foi de ces enseignements, il faut donc déterminer si, en l'espèce, l'immunité de l'État en matière d'interrogatoire préalable reconnue par la common law a été écartée par le législateur, et le cas échéant, dans quelle mesure.

#### B. *Les limites à l'immunité de l'État en matière d'interrogatoire préalable*

[23] C'est autour de 1950 que le législateur fédéral commence à limiter l'étendue de l'immunité de l'État que reconnaît la common law, en s'inspirant du *Crown Proceedings Act, 1947* (R.-U.), 10 & 11 Geo. 6, c. 44, édicté au Royaume-Uni. En 1953, il adopte ainsi la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.C. 1952-53, c. 30 (Morley, p. 1-41; Hogg, Monahan et Wright, p. 9), qui a pour effet d'élargir la responsabilité de l'État et ainsi rapprocher sa situation juridique de celle du justiciable ordinaire. Cette *Loi sur la responsabilité de la Couronne* est l'ancêtre de la LRCE qui est au cœur de ce pourvoi. Aujourd'hui, en matière de procédure civile, l'immunité de l'État demeure au fédéral, mais uniquement dans les limites prévues à la LRCE et à la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, dont le législateur reste libre de modifier la portée (Brun, Tremblay et Brouillet, par. IX.72 et IX.73). Il s'ensuit que l'État ne se retrouve pas dans une position juridique identique à celle du justiciable ordinaire puisqu'aux termes de la législation actuelle, il conserve toujours certains privilèges et immunités résiduels.

[24] Dans cette perspective, l'on constate que l'art. 27 de la LRCE soumet désormais l'État aux « règles de pratique et de procédure du tribunal » de l'instance à laquelle l'État est partie. Cette disposition a pour effet d'écartier, dans ces cas, son immunité et de l'assujettir aux règles de la procédure

civil procedure, including those on discovery, apply to the Crown. Parliament made a clear choice when it introduced s. 27 into the CLPA, thereby imposing the application of such rules on the Crown in proceedings in which it is a party.

[25] The respondents argue that s. 27 of the CLPA lifts Crown immunity in the case of provincial rules of procedure even in proceedings in which the Crown is not a party. Like the AGC and the other appellants, we disagree with the respondents' assertions. Section 27 of the CLPA does not indicate a clear and unequivocal intention on Parliament's part to lift the Crown's immunity by requiring the Crown to submit to discovery in proceedings in which it is not a party. Our reasoning is based on the recognized principles of statutory interpretation.

### C. *Interpretation of the CLPA*

[26] The Court observed in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, that "there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" (para. 21, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; see also Sullivan, at p. 14). In the case at bar, this modern approach to interpretation favours the appellants' position.

#### (1) Wording of Section 27 of the CLPA

[27] The language used in s. 27 of the CLPA is clear as regards the possibility of requiring the Crown to submit to discovery in proceedings in which it is a party. However, that language is far from unequivocal as regards the same possibility in proceedings in which the Crown is not a party. Indeed, the respondents conceded this point at the hearing in this Court (transcript, at p. 125). Only clear language to the effect that the rules of procedure of the court where proceedings in which the Crown is a third party are taken apply to the Crown could have justified an order that the chief investigator submit to discovery in this case. Section 27 simply provides that "the rules

civile, dont celles de l'interrogatoire préalable. Le législateur a fait un choix clair lorsqu'il a introduit l'art. 27 à la LRCE, soumettant ainsi l'État à de telles règles lorsqu'il est partie à un litige.

[25] Les intimés prétendent que l'art. 27 de la LRCE écarte l'immunité de l'État relative à l'application des règles de procédure provinciales même lorsque l'État n'est pas partie au litige. À l'instar du PGC et des autres appelants, nous sommes en désaccord avec les prétentions des intimés. L'article 27 de la LRCE ne dénote pas une intention claire et non équivoque du législateur de déroger à l'immunité de l'État relative à son assujettissement à un interrogatoire préalable lorsqu'il n'est pas partie au litige. Notre raisonnement s'appuie sur les principes reconnus d'interprétation statutaire.

### C. *L'interprétation de la LRCE*

[26] La Cour a rappelé dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, qu'[TRADUCTION] « il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'[économie] de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87; voir aussi Sullivan, p. 14). Cette méthode d'interprétation moderne milite ici en faveur de la position des appelants.

#### (1) Le libellé de l'art. 27 de la LRCE

[27] Les termes employés à l'art. 27 de la LRCE sont clairs en ce qui concerne la possibilité d'assujettir l'État à un interrogatoire préalable lorsqu'il est partie au litige. Cependant, cette disposition est loin d'être non équivoque en ce qui concerne cette même possibilité lorsque l'État n'est pas partie au litige. Les intimés concèdent d'ailleurs ce point lors de l'audience devant la Cour (transcription, p. 125). Or, seule une formulation claire assujettissant l'État aux règles de procédure du tribunal saisi lorsqu'il est un tiers au litige aurait pu permettre d'ordonner l'interrogatoire préalable de l'enquêteur-chef dans le présent dossier. L'article 27 prévoit simplement

of practice and procedure of the court in which proceedings are taken apply in those proceedings”. At first blush, this section does not apply where the Crown is not a party. Its words do not show a clear and explicit intention to bind the Crown in all proceedings in which it is involved. This is particularly clear when the words of the section are interpreted in the context of the CLPA as a whole.

(2) Context and Structure of the CLPA and the Regulations

[28] When s. 27 is considered in light of all the sections of the CLPA, it is clear that it applies only to proceedings in which the Crown is a party. The part of the Act in which the section is found and the structure of the CLPA as a whole support this conclusion, and this is true in both official languages.

[29] Section 27 is in Part II of the Act, which is entitled “Proceedings” (“*Contentieux administratif*” in French), and more specifically in a subpart entitled “Procedure”. Part II, which governs proceedings in administrative litigation, sets out the rules that apply at each stage, addressing in turn the topics of jurisdiction, procedure, costs, execution of judgment, interest, tenders, and prescription and limitation. As is explained in the academic literature, the French expression “*contentieux administratif*” relates to proceedings in which the Crown is a party (G. Pépin and Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2nd ed. 1982), at p. 1).

[30] The purpose of the subpart entitled “Procedure” is equally clear: to establish rules with respect not only to the initiation of proceedings against the Crown (s. 23), but also to defences (s. 24) and to the applicable procedure in such proceedings (ss. 25 and 26). Section 27 completes the circle for proceedings against the Crown by identifying the rules of practice and procedure that will apply to them. Sections 23 to 27, which make up this subpart, thus set out the rules relating to proceedings in which the Crown is a party. Section 27, which is the last section in this subpart, simply specifies what rules apply in such proceedings. It is clear from the subpart’s other provisions

que « les instances suivent les règles de pratique et de procédure du tribunal saisi ». De prime abord, cette disposition ne s’applique pas lorsque l’État n’est pas une partie. Le libellé de cette disposition ne fait pas état d’une intention limpide et explicite de lier l’État dans toutes les instances l’intéressant. Cela ressort avec acuité lorsque l’on interprète les termes de cette disposition dans le contexte global de la LRCE.

(2) Le contexte et la structure de la LRCE et du Règlement

[28] En effet, à la lumière de l’ensemble des articles de la LRCE, il est clair que l’art. 27 ne s’applique que lorsque l’État est partie au litige. La section de la loi dans laquelle cette disposition figure ainsi que la structure de la LRCE dans son entièreté militent en faveur de cette conclusion, et ce dans les deux langues officielles.

[29] L’article 27 se retrouve dans une section de la loi intitulée « Partie II : Contentieux administratif », et plus précisément dans une sous-section intitulée « Procédure ». Cette partie II, qui régit les instances en matière de contentieux administratif, établit les règles applicables étape par étape, traitant tour à tour des questions de compétence, de procédure, de dépens, d’exécution des jugements, d’intérêts, d’offres de paiement et de prescription. La doctrine enseigne que l’expression « contentieux administratif » désigne une instance à laquelle l’État est partie (G. Pépin et Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2<sup>e</sup> éd. 1982), p. 1).

[30] L’objet de la sous-section intitulée « Procédure » est tout aussi clair : établir les règles concernant non seulement l’introduction d’une instance contre l’État (art. 23), mais aussi les moyens de défense (art. 24) et la procédure applicable au cours de ces instances (art. 25 et 26). L’article 27 boucle la boucle sur les instances introduites contre l’État en identifiant les règles de pratique et de procédure qui s’appliqueront alors. Les articles 23 à 27, qui composent cette sous-section, établissent donc les règles relatives aux contentieux administratifs qui intéressent l’État à titre de partie. L’article 27 est le dernier de cette sous-section et il ne fait que préciser

that s. 27 can apply only if the Crown is a party. A failure to consider s. 27 in light of these other provisions, which concern “proceedings against the Crown” (“*poursuites visant l’État*”), would result in a distorted picture of that section.

[31] In our view, the words “in which proceedings are taken” and “those proceedings” in the English version of s. 27 necessarily refer to the provisions of the same subpart that concern “proceedings against the Crown” (ss. 23, 24, 25 and 26). This is also clearly the case in the French version of the CLPA, in which the words “*les instances*” must necessarily refer to “*poursuites exercées contre lui*” (ss. 24 and 25) and “*procès instruits contre l’État*” (s. 26).

[32] Finally, s. 34, which is in the subpart entitled “Regulations”, simply creates a mechanism by which Crown immunity may be lifted. This section does not in itself provide a basis for arguing that s. 27 applies in proceedings in which the Crown is not a party. The immunity must still have been expressly lifted. The words “by, against or involving” used in s. 34 could have been used in s. 27 to lift the immunity in proceedings by, against or “involving” the Crown, but they were not.

[33] Moreover, despite the making of the Regulations, which the parties cite and the relevant provision of which is reproduced above, we agree with the appellants that s. 7 of these regulations can apply only in proceedings in which the Crown is a party. This section merely equates the Crown with a corporation and applies “where, under the provincial rules, there is [a] provision under which, if an action were an action between a corporation (other than an agency of the Crown) and another person, an officer or servant of the corporation could be examined for discovery”. On its face, this section is not a rule of practice in respect of proceedings involving the Crown other than as a party. It does not lead to a different conclusion than the one that results from the application of the principles of interpretation to s. 27 of the CLPA.

les règles applicables dans de tels contentieux. À la lecture des autres dispositions de cette sous-section, il est évident que l’art. 27 ne peut s’appliquer que lorsque l’État est une partie. Ce serait dénaturer l’art. 27 que d’omettre de l’examiner au regard de ces autres dispositions consacrées aux « poursuites visant l’État » (« *proceedings against the Crown* »).

[31] En français, l’expression « les instances » de l’art. 27 renvoie donc nécessairement, selon nous, aux dispositions de la même sous-section portant sur les « poursuites exercées contre lui » (art. 24 et 25) et les « procès instruits contre l’État » (art. 26). C’est aussi clairement le cas dans la version anglaise de la LRCE, où les expressions « *in which proceedings are taken* » et « *those proceedings* » de l’art. 27 doivent nécessairement référer aux « *proceedings against the Crown* » (art. 23, 24, 25 et 26).

[32] Enfin, l’art. 34, dans la sous-section intitulée « Règlements », prévoit uniquement un mécanisme par lequel il est possible de déroger à l’immunité de l’État. Il ne permet pas à lui seul de soutenir que l’art. 27 s’applique lorsque l’État n’est pas partie au litige. Encore faut-il avoir prévu une dérogation expresse à l’immunité. Les termes « à titre de partie ou autrement » prévus à l’art. 34 auraient pu être utilisés à l’art. 27 afin d’écarter l’immunité de l’État lorsqu’il est partie au litige ou lorsqu’il est impliqué « autrement ». Or, ce n’est pas le cas.

[33] Par ailleurs, malgré l’adoption du Règlement qu’invoquent les parties et dont les dispositions pertinentes sont reproduites précédemment, nous convenons avec les appelants que l’art. 7 de ce règlement ne peut trouver application que lorsque l’État est partie au litige. En effet, cet article ne fait qu’assimiler l’État à une personne morale et s’applique « lorsque les règles provinciales prévoient, pour une action entre une personne morale (autre qu’un organisme mandataire de l’État) et une autre personne, qu’un dirigeant ou un préposé de la personne morale peut être interrogé au préalable ». À la face même de son libellé, il ne s’agit pas d’une règle de pratique applicable lors de poursuites intéressant l’État autrement qu’à titre de partie. Cette disposition ne permet pas de tirer une conclusion différente de celle à laquelle nous mènent les principes d’interprétation de l’art. 27 de la LRCE.

(3) Legislative History

[34] The legislative and parliamentary history also supports the position of the AGC and the other appellants in this appeal. The legislative history of the CLPA is important in this case because the question before the Court relates to Crown immunity, and Crown immunity may not be lifted without clear statutory language. The parliamentary history is also important for the purpose of clarifying what Parliament intended when it amended the provision at issue in this case (P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at pp. 462-68, and *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, at para. 35).

[35] The legislative history reveals that s. 14 of the *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, is the predecessor of the current s. 27 of the CLPA. In this regard, certain passages drawn from the parliamentary history that led to the revision of the CLPA are very helpful. These include the following:

[TRANSLATION] Parliament used the reform to specify which rules of procedure would apply to proceedings involving the Crown in the provincial courts in question. In this regard, Minister of Justice Doug Lewis stated the following in the House of Commons:

. . . .

Sixth, consequent upon the increased role of provincial courts in the area of Crown proceedings, it is necessary that there be legislation dealing generally with practice and procedure when the Crown is a party to litigation. [Emphasis in original.]

(See A.F., at para. 50, quoting *House of Commons Debates*, vol. IV, 2nd Sess., 34th Parl., November 1, 1989, at p. 5415.)

[36] These words confirm the intention that emerges from the CLPA. That Act has evolved such that the obligation to submit to discovery in proceedings in which one *is a party* now applies to the Crown, but it does no more than that.

(3) L'historique législatif

[34] L'historique législatif ainsi que les travaux préparatoires étayent aussi la thèse du PGC et des autres appelants dans le présent pourvoi. L'historique législatif de la LRCE est important en l'espèce puisque la question devant nous porte sur l'immunité de l'État et on ne peut y déroger qu'au moyen d'un texte clair. Les travaux préparatoires sont eux aussi importants pour bien cerner l'intention du législateur lors de la modification de la disposition visée en l'espèce (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009), par. 1576-1595, et *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, par. 35).

[35] L'historique législatif révèle que l'art. 14 de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, c. C-38, est l'ancêtre de l'actuel art. 27 de la LRCE. À ce chapitre, les extraits des travaux préparatoires ayant mené à la refonte de la LRCE s'avèrent fort utiles. On y retrouve entre autres ceci :

Le Parlement profita de la réforme pour préciser quelles règles de procédure seraient applicables aux litiges impliquant la Couronne devant ces tribunaux provinciaux. À cet égard, le ministre de la Justice Doug Lewis déclara ce qui suit devant la Chambre des communes :

. . . .

Sixièmement, suite au rôle accru des cours provinciales en matière de procédure intéressant la Couronne, il devient nécessaire qu'une loi énonce les règles générales de preuve et de procédure applicables aux instances auxquelles la Couronne est partie. [Souligné dans l'original.]

(Voir m.a., par. 50, citant *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 2<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 1<sup>er</sup> novembre 1989, p. 5415.)

[36] Ces propos confirment l'intention qui se dégage de la LRCE. Cette loi a évolué afin d'assujettir l'État à l'obligation de se soumettre à un interrogatoire préalable quand il *est partie* au litige, sans plus.

[37] Thus, both the fact that Parliament has not imposed a clear obligation to submit to discovery in proceedings in which the Crown *is not* a party and the legislative and parliamentary history of s. 27 of the CLPA favour the recognition of a residual immunity in such cases.

[38] It should be noted that this view is shared by Hogg, Monahan and Wright. In their opinion, the Crown's immunity from discovery continues to exist in proceedings in which the Crown is not a party:

In Canada, the United Kingdom Act became the basis for the Uniform Model Act of 1950, which in turn became the basis for provincial Crown proceedings statutes. Each province has now subjected the Crown to discovery. So has the federal Parliament.

These statutory provisions have not completely abolished the Crown's immunity from discovery. . . . In the United Kingdom, New Zealand, most Australian jurisdictions, the Canadian federal jurisdiction and British Columbia, the Crown is subject to discovery whenever it is a "party". Even in these jurisdictions, the Crown would be immune from discovery if it was not a party. [Footnotes omitted; pp. 91-92.]

#### (4) Case Law of Appellate Courts

[39] We note that in the instant case, the Court of Appeal cited *Temelini v. Ontario Provincial Police (Commissioner)* (1999), 44 O.R. (3d) 609, in support of its conclusion that s. 27 of the CLPA lifts the Crown's immunity and that the rule it establishes applies to any proceeding that might involve the Crown, whether as a party or otherwise (C.A. reasons, at paras. 56-57 (CanLII)). After considering other cases in which the Ontario Court of Appeal's decision in *Temelini* had been cited, it applied that court's reasoning to the case at bar. With all due respect, we are of the opinion that the Ontario Court of Appeal's interpretation in *Temelini* is wrong. Regardless of the modern trend toward limiting Crown

[37] Aussi, tant le fait que le législateur n'ait pas prévu un assujettissement clair à l'interrogatoire préalable dans le cas où l'État *n'est pas* partie au litige que l'historique législatif et les travaux préparatoires relatifs à l'art. 27 de la LRCE militent en faveur de la reconnaissance d'une immunité résiduelle dans ce cas.

[38] Il convient de souligner que les auteurs Hogg, Monahan et Wright partagent ce point de vue. Ils sont d'avis que l'immunité de l'État en matière d'interrogatoire préalable existe toujours lorsque l'État n'est pas partie au litige :

[TRADUCTION] Au Canada, la loi britannique a inspiré la *Uniform Model Act* de 1950, laquelle a à son tour inspiré les lois provinciales sur les instances intéressant l'État. Chaque province contraint désormais l'État à la communication préalable. Le législateur fédéral leur a emboîté le pas.

Ces mesures législatives n'ont pas totalement écarté l'immunité de l'État en matière de communication préalable. [. . .] Le Royaume-Uni, la Nouvelle-Zélande, la plupart des législateurs australiens, le législateur fédéral canadien et la Colombie-Britannique prévoient que l'État peut être soumis à la communication préalable dès lors qu'il est « partie » au litige. Or, même dans ces ressorts, l'État échappe à la communication préalable s'il n'est pas constitué partie. [Notes en bas de page omises; p. 91-92.]

#### (4) La jurisprudence des cours d'appel

[39] Nous notons qu'en l'espèce, la Cour d'appel s'est appuyée sur l'arrêt *Temelini c. Ontario Provincial Police (Commissioner)* (1999), 44 O.R. (3d) 609, pour conclure que l'art. 27 de la LRCE écarte l'immunité de l'État et que la règle qu'on y énonce est applicable dans tout litige susceptible d'intéresser l'État, à titre de partie ou autrement (décision de la C.A., par. 56-57 (CanLII)). Elle a examiné les autres décisions qui reprennent les propos de la Cour d'appel de l'Ontario dans cette affaire avant d'appliquer son raisonnement au présent dossier. Avec égards, l'interprétation de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Temelini* est à notre avis erronée. Peu importe la tendance moderne qui cherche à réduire

immunity (C.A. reasons, at para. 54), the interpretation of the CLPA does not lead to the conclusion that Parliament lifted the Crown's immunity in proceedings in which the Crown is not a party. The decisions in the case at bar and in *Temelini* were based on the presumption of consistent expression (C.A. reasons, at paras. 53 and 56). Given our interpretation of the CLPA, the presumption of consistent expression cannot on its own suggest that Parliament has changed the common law; a clear expression of its intention to do so is required.

[40] We conclude that the common law immunity from discovery continues to apply to the Crown in proceedings in which it is not a party.

*D. The Question Raised by This Case Was Not Decided in Jacques*

[41] In closing, we wish to be clear that the Court of Appeal was right to conclude that this Court had not, in *Jacques*, decided the question with respect to Crown immunity under the CLPA that is raised by the instant case (C.A. reasons, at para. 17). The issue in *Jacques* was instead whether a party in a civil proceeding can request the disclosure of recordings of private communications intercepted by the state in the course of a criminal investigation. To resolve it, the Court considered ss. 29 and 36 of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, and s. 193 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and held that they did not preclude the disclosure of the recordings. The Court did not address Crown immunity under the CLPA.

[42] Nonetheless, we note that *Jacques* confirmed that, in other areas of civil procedure, the immunity has been lifted even in proceedings in which the Crown is not a party. This is true, as the AGC concedes in the case at bar, for the disclosure of documents, as s. 8 of the Regulations requires the Crown to submit, as if it were an ordinary litigant, to an application for disclosure such as the ones provided for in art. 402 of the C.C.P.; it was such an application that was at issue in *Jacques*. As the AGC also concedes in this Court, the immunity has also been lifted where the Crown is summoned to testify at trial; this

l'immunité de l'État (décision de la C.A., par. 54), l'interprétation de la LRCE ne mène pas à la conclusion que le législateur a écarté l'immunité de l'État lorsqu'il n'est pas partie au litige. Les arrêts rendus en l'espèce et dans *Temelini* s'appuient sur la présomption d'uniformité d'expression (décision de la C.A., par. 53 et 56). Selon notre interprétation de la LRCE, cette présomption d'uniformité d'expression ne saurait à elle seule suggérer que le législateur ait modifié la common law, sans s'accompagner de l'expression claire de sa volonté en ce sens.

[40] Nous en concluons que l'État jouit toujours de l'immunité de common law relative aux interrogatoires préalables lorsqu'il n'est pas partie au litige.

*D. L'arrêt Jacques ne tranche pas la question en l'espèce*

[41] En terminant, nous précisons que la Cour d'appel a eu raison de conclure que, dans l'arrêt *Jacques*, notre Cour n'a pas tranché la question de l'immunité de l'État en vertu de la LRCE que soulève le présent dossier (décision de la C.A., par. 17). L'arrêt *Jacques* tranche plutôt la question de savoir si une partie à un recours civil peut demander que lui soient communiqués des enregistrements de conversations privées interceptées par l'État dans le cadre d'une enquête pénale. La Cour y examine les art. 29 et 36 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, ainsi que l'art. 193 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et statue que ces articles n'empêchent pas la communication des enregistrements. Elle ne se prononce pas sur l'immunité de l'État en vertu de la LRCE.

[42] Néanmoins, nous rappelons que l'arrêt *Jacques* confirme que sur d'autres aspects de la procédure civile, l'immunité est écartée même là où l'État n'est pas partie au litige. Comme en convient le PGC en l'espèce, c'est le cas en matière de communication de documents puisque l'art. 8 du Règlement soumet l'État, comme s'il était un justiciable ordinaire, aux demandes de communication préalable telles que celles prévues à l'art. 402 du C.p.c. : c'est une telle demande qui était au cœur du pourvoi dans l'arrêt *Jacques*. Comme en convient aussi le PGC devant nous, l'immunité est aussi écartée lorsque l'État

has been recognized both judicially (*Canada Deposit Insurance Corp.*) and in the academic literature (Hogg, Monahan and Wright, at p. 92). Of course, the application of provincial rules of civil procedure to the Crown remains subject in each of the situations in question to the limits imposed by, among other principles, the proportionality rule and the prohibition against fishing expeditions. However, given that the respondents' proceeding in this case concerns neither of those situations, there is no need to address this other aspect of the dispute between the parties.

## VII. Conclusion

[43] Section 27 of the CLPA does not clearly and unequivocally lift the Crown's common law immunity from discovery in proceedings in which the Crown is not a party. In the instant case, that immunity meant that the Crown could not be required to submit to discovery under the Quebec rules of civil procedure. In the absence of a clear and unequivocal expression of legislative intent, it is not open to the courts to depart from a recognized common law rule in this regard. The chief investigator could refuse, on the basis of the Crown's immunity from discovery, to submit to the examination on discovery at issue in this case.

[44] We would therefore allow the appeal, set aside the decisions of the courts below and dismiss the respondents' motion for the examination on discovery of the chief investigator, with costs to the appellants throughout.

*Appeal allowed with costs throughout.*

*Solicitor for the appellant the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the appellants Ultramar Ltd., the Olco Petroleum Group ULC, Irving Oil Limited, Alimentation Couche-Tard inc., Dépan-Escompte Couche-Tard inc., Couche-Tard inc., Global Fuels*

est assigné pour témoigner au procès; tant la jurisprudence (*Canada Deposit Insurance Corp.*) que la doctrine (Hogg, Monahan et Wright, p. 92) le reconnaissent. Bien sûr, l'assujettissement de l'État aux règles de procédure civile provinciales dans chacune de ces situations n'échappe pas aux réserves que posent entre autres la règle de la proportionnalité et l'interdiction de procéder à des recherches à l'aveuglette. Toutefois, puisque la démarche des intimés dans le présent dossier ne concerne ni l'une ni l'autre de ces situations, il n'y a pas lieu de se prononcer sur cet autre aspect du débat qui oppose les parties en l'occurrence.

## VII. Conclusion

[43] L'article 27 de la LRCE ne constitue pas une dérogation claire et non équivoque à l'immunité que la common law reconnaît à l'État en matière d'interrogatoire préalable dans les litiges auxquels celui-ci n'est pas partie. En conséquence, en raison de cette immunité, l'État ne pouvait être assujéti ici à un interrogatoire préalable en vertu des règles de procédures civiles qui prévalent au Québec. En l'absence d'une intention claire et non équivoque du législateur, il n'appartient pas aux tribunaux d'écarter une règle reconnue de la common law en la matière. L'enquêteur-chef peut invoquer l'immunité de l'État en matière d'interrogatoire préalable et ainsi refuser d'être assujéti à l'interrogatoire préalable recherché en l'espèce.

[44] Nous sommes donc d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmer les décisions des cours inférieures et de rejeter la requête des intimés visant à interroger au préalable l'enquêteur-chef, avec dépens en faveur des appelants dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens dans toutes les cours.*

*Procureur de l'appelant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs des appelants Ultramar liée, le Groupe Pétrolier Olco ULC, Les Pétroles Irving inc., Alimentation Couche-Tard inc., Dépan-Escompte Couche-Tard inc., Couche-Tard inc., Les Pétroles Global*



*Inc., Global Fuels (Québec) Inc., Philippe Gosselin & Associés ltée, Céline Bonin and Claude Bédard: Stikeman Elliott, Montréal; McMillan, Montréal; Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal; Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal; LCM Avocats inc., Montréal; Gravel Bernier Vaillancourt, Québec; Tremblay Bois Mignault Lemay, Sainte-Foy, Quebec.*

*Solicitors for the respondents: Bernier Beaudry inc., Québec; Paquette Gadler inc., Montréal; LaTraverse Avocats inc., Montréal.*

*Solicitor for the intervener: Attorney General of Quebec, Québec.*

*inc., Les Pétroles Global (Québec) inc., Philippe Gosselin & Associés ltée, Céline Bonin et Claude Bédard : Stikeman Elliott, Montréal; McMillan, Montréal; Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal; Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal; LCM Avocats inc., Montréal; Gravel Bernier Vaillancourt, Québec; Tremblay Bois Mignault Lemay, Sainte-Foy, Québec.*

*Procureurs des intimés : Bernier Beaudry inc., Québec; Paquette Gadler inc., Montréal; LaTraverse Avocats inc., Montréal.*

*Procureure de l'intervenante : Procureure générale du Québec, Québec.*

**Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

**Larry Philip Fontaine in his personal capacity and in his capacity as the executor of the estate of Agnes Mary Fontaine, deceased, Michelline Ammaq, Percy Archie, Charles Baxter Sr., Elijah Baxter, Evelyn Baxter, Donald Belcourt, Nora Bernard, John Bosum, Janet Brewster, Rhonda Buffalo, Ernestine Caibaiosai-Gidmark, Michael Carpan, Brenda Cyr, Deanna Cyr, Malcolm Dawson, Ann Dene, Benny Doctor, Lucy Doctor, James Fontaine in his personal capacity and in his capacity as the executor of the estate of Agnes Mary Fontaine, deceased, Vincent Bradley Fontaine, Dana Eva Marie Francey, Peggy Good, Fred Kelly, Rosemarie Kuptana, Elizabeth Kusiak, Theresa Larocque, Jane McCullum, Cornelius McComber, Veronica Marten, Stanley Thomas Nepetaypo, Flora Northwest, Norman Pauchey, Camble Quatell, Alvin Barney Saulteaux, Christine Semple, Dennis Smokeyday, Kenneth Sparvier, Edward Tapiatic, Helen Winderman, Adrian Yellowknee, Presbyterian Church in Canada, General Synod of the Anglican Church of Canada, United Church of Canada, Board of Home Missions of the United Church of Canada, Women's Missionary Society of the Presbyterian Church, Baptist Church in Canada, Board of Home Missions and Social Services of the Presbyterian Church in Bay, Canada Impact North Ministries of the Company for the Propagation of the Gospel in New England (also known as the New England Company), Diocese of Saskatchewan, Diocese of the Synod of Cariboo, Foreign Mission of the Presbyterian Church in Canada, Incorporated Synod of the Diocese of Huron,**

**Procureur général du Canada** *Appellant*

c.

**Larry Philip Fontaine à titre personnel et en sa qualité d'exécuteur de la succession d'Agnes Mary Fontaine, décédée, Michelline Ammaq, Percy Archie, Charles Baxter Sr., Elijah Baxter, Evelyn Baxter, Donald Belcourt, Nora Bernard, John Bosum, Janet Brewster, Rhonda Buffalo, Ernestine Caibaiosai-Gidmark, Michael Carpan, Brenda Cyr, Deanna Cyr, Malcolm Dawson, Ann Dene, Benny Doctor, Lucy Doctor, James Fontaine à titre personnel et en sa qualité d'exécuteur de la succession d'Agnes Mary Fontaine, décédée, Vincent Bradley Fontaine, Dana Eva Marie Francey, Peggy Good, Fred Kelly, Rosemarie Kuptana, Elizabeth Kusiak, Theresa Larocque, Jane McCullum, Cornelius McComber, Veronica Marten, Stanley Thomas Nepetaypo, Flora Northwest, Norman Pauchey, Camble Quatell, Alvin Barney Saulteaux, Christine Semple, Dennis Smokeyday, Kenneth Sparvier, Edward Tapiatic, Helen Winderman, Adrian Yellowknee, Église presbytérienne au Canada, Synode général de l'Église anglicane du Canada, Église Unie du Canada, Comité des missions intérieures de l'Église Unie du Canada, Women's Missionary Society of the Presbyterian Church, Baptist Church in Canada, Board of Home Missions and Social Services of the Presbyterian Church in Bay, Canada Impact North Ministries of the Company for the Propagation of the Gospel in New England (également connue sous le nom de New England Company), Diocese of Saskatchewan, Diocese of the Synod of Cariboo, Foreign Mission of the Presbyterian Church in Canada, Incorporated Synod of the Diocese of Huron, Methodist Church of Canada,**

Methodist Church of Canada, Missionary Society of the Anglican Church of Canada, Missionary Society of the Methodist Church of Canada (also known as the Methodist Missionary Society of Canada), Incorporated Synod of the Diocese of Algoma, Synod of the Anglican Church of the Diocese of Quebec, Synod of the Diocese of Athabasca, Synod of the Diocese of Brandon, Anglican Synod of the Diocese of British Columbia, Synod of the Diocese of Calgary, Synod of the Diocese of Keewatin, Synod of the Diocese of Qu'Appelle, Synod of the Diocese of New Westminster, Synod of the Diocese of Yukon, Trustee Board of the Presbyterian Church in Canada, Board of Home Missions and Social Service of the Presbyterian Church of Canada, Women's Missionary Society of the United Church of Canada, Sisters of Charity, a Body Corporate also known as Sisters of Charity of St. Vincent de Paul, Halifax, also known as Sisters of Charity Halifax, Roman Catholic Episcopal Corporation of Halifax, Soeurs de Notre-Dame-Auxiliatrice, Soeurs de St-François D'Assise, Institut des Soeurs du Bon Conseil, Soeurs de Saint-Joseph de Saint-Hyacinthe, Soeurs de Jésus-Marie, Soeurs de l'Assomption de la Sainte Vierge, Soeurs de l'Assomption de la Sainte Vierge de l'Alberta, Soeurs Missionnaires du Christ-Roi, Soeurs de la Charité de St-Hyacinthe, Oeuvres Oblates de l'Ontario, Résidences Oblates du Québec, Corporation Épiscope Catholique Romaine de la Baie James (the Roman Catholic Episcopal Corporation of James Bay), Catholic Diocese of Moosonee, Soeurs Grises de Montréal/Grey Nuns of Montréal, Sisters of Charity (Grey Nuns) of Alberta, Soeurs de la Charité des T.N.-O., Hôtel-Dieu de Nicolet, Grey Nuns of Manitoba Inc. — Soeurs Grises du Manitoba Inc., Corporation Épiscope

Missionary Society of the Anglican Church of Canada, Missionary Society of the Methodist Church of Canada (également connue sous le nom de Methodist Missionary Society of Canada), Incorporated Synod of the Diocese of Algoma, Synod of the Anglican Church of the Diocese of Quebec, Synod of the Diocese of Athabasca, Synod of the Diocese of Brandon, Anglican Synod of the Diocese of British Columbia, Synod of the Diocese of Calgary, Synod of the Diocese of Keewatin, Synod of the Diocese of Qu'Appelle, Synod of the Diocese of New Westminster, Synod of the Diocese of Yukon, Bureau de fiducie de l'Église presbytérienne au Canada, Board of Home Missions and Social Service of the Presbyterian Church of Canada, Women's Missionary Society of the United Church of Canada, Sisters of Charity, une personne morale connue sous le nom de Sisters of Charity of St. Vincent de Paul, Halifax, également connue sous le nom de Sisters of Charity Halifax, Corporation épiscopale catholique romaine de Halifax, Soeurs de Notre-Dame-Auxiliatrice, Soeurs de St-François D'Assise, Institut des Soeurs du Bon Conseil, Soeurs de Saint-Joseph de Saint-Hyacinthe, Soeurs de Jésus-Marie, Soeurs de l'Assomption de la Sainte Vierge, Soeurs de l'Assomption de la Sainte Vierge de l'Alberta, Soeurs Missionnaires du Christ-Roi, Soeurs de la Charité de St-Hyacinthe, Oeuvres Oblates de l'Ontario, Résidences Oblates du Québec, Corporation Épiscope Catholique Romaine de la Baie James (the Roman Catholic Episcopal Corporation of James Bay), Catholic Diocese of Moosonee, Soeurs Grises de Montréal/Grey Nuns of Montréal, Sisters of Charity (Grey Nuns) of Alberta, Soeurs de la Charité des T.N.-O., Hôtel-Dieu de Nicolet, Grey Nuns of Manitoba Inc. — Soeurs Grises du Manitoba Inc.,

Catholique Romaine de la Baie d’Hudson — Roman Catholic Episcopal Corporation of Hudson’s Bay, Missionary Oblates — Grandin Province, Oblats de Marie Immaculée du Manitoba, Archiepiscopal Corporation of Regina, Sisters of the Presentation, Sisters of St. Joseph of Sault Ste. Marie, Sisters of Charity of Ottawa, Oblates of Mary Immaculate — St. Peter’s Province, Sisters of Saint Ann, Sisters of Instruction of the Child Jesus, Benedictine Sisters of Mt. Angel Oregon, Pères Montfortains, Roman Catholic Bishop of Kamloops, Corporation Sole, Bishop of Victoria, Corporation Sole, Roman Catholic Bishop of Nelson, Corporation Sole, Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia, Sisters of Charity of Providence of Western Canada, Corporation Épiscopale Catholique Romaine de Grouard, Roman Catholic Episcopal Corporation of Keewatin, Corporation Archiéiscopale Catholique Romaine de St-Boniface, Missionnaires Oblates Soeurs de St-Boniface — Missionary Oblates Sisters of St. Boniface, Roman Catholic Archiepiscopal Corporation of Winnipeg, Corporation Épiscopale Catholique Romaine de Prince Albert, Roman Catholic Bishop of Thunder Bay, Immaculate Heart Community of Los Angeles CA, Archdiocese of Vancouver — Roman Catholic Archbishop of Vancouver, Roman Catholic Diocese of Whitehorse, Catholic Episcopal Corporation of Mackenzie-Fort Smith, Roman Catholic Episcopal Corporation of Prince Rupert, Episcopal Corporation of Saskatoon, OMI Lacombe Canada Inc., Mt. Angel Abbey Inc., National Centre for Truth and Reconciliation, Assembly of First Nations, Independent Counsel, Inuit Representatives and Chief Adjudicator of the Indian

Corporation Épiscopale Catholique Romaine de la Baie d’Hudson — Roman Catholic Episcopal Corporation of Hudson’s Bay, Missionary Oblates — Grandin Province, Oblats de Marie Immaculée du Manitoba, Archiepiscopal Corporation of Regina, Sisters of the Presentation, Sisters of St. Joseph of Sault Ste. Marie, Soeurs de la Charité d’Ottawa, Oblates of Mary Immaculate — St. Peter’s Province, Sisters of Saint Ann, Sisters of Instruction of the Child Jesus, Benedictine Sisters of Mt. Angel Oregon, Pères Montfortains, Roman Catholic Bishop of Kamloops, Corporation Sole, Bishop of Victoria, Corporation Sole, Roman Catholic Bishop of Nelson, Corporation Sole, Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia, Sisters of Charity of Providence of Western Canada, Corporation Épiscopale Catholique Romaine de Grouard, Roman Catholic Episcopal Corporation of Keewatin, Corporation Archiéiscopale Catholique Romaine de St-Boniface, Missionnaires Oblates Soeurs de St-Boniface — Missionary Oblates Sisters of St. Boniface, Roman Catholic Archiepiscopal Corporation of Winnipeg, Corporation Épiscopale Catholique Romaine de Prince Albert, Roman Catholic Bishop of Thunder Bay, Immaculate Heart Community of Los Angeles CA, Archdiocese of Vancouver — Roman Catholic Archbishop of Vancouver, Roman Catholic Diocese of Whitehorse, Catholic Episcopal Corporation of Mackenzie-Fort Smith, Roman Catholic Episcopal Corporation of Prince Rupert, Episcopal Corporation of Saskatoon, OMI Lacombe Canada Inc., Mt. Angel Abbey Inc., Centre national pour la vérité et réconciliation, Assemblée des Premières Nations, Avocats indépendants, Représentants des Inuits et Adjudicateur en

**Residential Schools Adjudication  
Secretariat** *Respondents*

and

**Privacy Commissioner of Canada,  
Coalition to Preserve Truth and  
Information Commissioner of Canada**  
*Intervenors*

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v.  
FONTAINE**

**2017 SCC 47**

File No.: 37037.

2017: May 25; 2017: October 6.

Present: McLachlin C.J. and Karakatsanis, Wagner,  
Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Civil procedure — Class proceedings — Settlement — Administration — Settlement agreement resolved class actions by Aboriginal persons who attended residential schools — Agreement provided for Independent Assessment Process for serious claims of abuse — Two parties to settlement agreement requested directions from supervising judge as to post-decision disposition of records generated by Independent Assessment Process — Whether records are court records or government records subject to federal privacy, access to information, and archiving legislation — Whether supervising judge erred in concluding that settlement agreement allowed for destruction of records — Whether supervising judge's order that records must be destroyed following 15-year retention period was appropriate.*

From the 1860s to the 1990s, more than 150,000 First Nations, Inuit, and Métis children were required to attend Indian Residential Schools operated by religious organizations and funded by the Government of Canada. Thousands of these children were abused physically, emotionally, and sexually while at residential schools. A number of individual and class actions were brought by

**chef du Secrétariat d'adjudication des  
pensionnats indiens** *Intimés*

et

**Commissaire à la protection de la vie privée  
du Canada, Coalition to Preserve Truth et  
Commissaire à l'information du Canada**  
*Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.  
FONTAINE**

**2017 CSC 47**

N° du greffe : 37037.

2017 : 25 mai; 2017 : 6 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Procédure civile — Recours collectifs — Règlement — Administration — Recours collectifs intentés par des Autochtones ayant fréquenté des pensionnats réglés par une convention de règlement — Convention prévoyant un Processus d'évaluation indépendant pour les allégations graves d'abus — Demande faite à un juge surveillant par deux parties à la convention de règlement pour que celui-ci donne des directives sur le sort final des documents issus du Processus d'évaluation indépendant une fois qu'une décision a été rendue — Ces documents constituent-ils des documents judiciaires ou des documents fédéraux soumis aux lois fédérales en matière de protection des renseignements personnels, d'accès à l'information et d'archivage? — Le juge surveillant a-t-il commis une erreur en concluant que la convention de règlement autorisait la destruction de ceux-ci? — L'ordonnance du juge surveillant suivant laquelle ces documents doivent être détruits à l'expiration d'une période de conservation de 15 ans était-elle appropriée?*

À compter des années 1860 jusqu'aux années 1990, plus de 150 000 enfants — Premières Nations, Inuits et Métis — ont été obligés de fréquenter des pensionnats indiens dirigés par des organismes religieux et financés par le gouvernement du Canada. Des milliers de ces enfants ont été victimes de sévices physiques, psychologiques et sexuels pendant leur séjour dans ceux-ci. Des

survivors of residential schools. In 2006, an agreement was reached and class actions in nine provinces and territories were consolidated into a single action. The Indian Residential Schools Settlement Agreement (“IRSSA”), which is a comprehensive settlement of that class action, sought to achieve a fair, comprehensive and lasting resolution of the legacy of Indian Residential Schools and to promote healing, education, truth and reconciliation and commemoration by, among other things, financially compensating former students of residential schools.

The IRSSA provided two forms of financial compensation to former students of residential schools. First, the Common Experience Payment provided eligible claimants with financial compensation based on the amount of time they were at the schools. Second, former students who were victims of abuse and wrongful acts resulting in serious psychological consequences could also bring a claim under the Independent Assessment Process (“IAP”). To initiate a claim under the IAP, claimants must submit an application form to the Indian Residential Schools Adjudication Secretariat, which entails disclosure by claimants of acutely sensitive particulars for examination by an adjudicator. This information is recorded in application forms, hearing transcripts, medical reports, reasons for decisions and other documents (collectively, the “IAP Documents”), copies of which are held by the Government of Canada.

During the IAP, the Chief Adjudicator of the Indian Residential Schools Adjudication Secretariat and the Truth and Reconciliation Commission (“TRC”) brought requests for directions to the Ontario Superior Court of Justice on the disposition of the IAP Documents at the conclusion of the IAP and, if necessary, on the development of a notice program to inform claimants of the possibility of voluntarily archiving some of their IAP Documents at the National Centre for Truth and Reconciliation.

The supervising judge found that the IAP records must be destroyed following a 15-year retention period during which individual IAP claimants could elect to have the records in their own file preserved. This order was substantially upheld by the majority of the Ontario Court of Appeal. The Attorney General of Canada appeals to this Court, arguing that the IAP Documents are “under the control of a government institution” within the meaning

survivants des pensionnats ont intenté un certain nombre de recours individuels et collectifs. En 2006, une convention a été conclue, et les recours collectifs intentés dans neuf provinces et territoires ont été fusionnés en un seul recours. La Convention de règlement relative aux pensionnats indiens (« CRRPI ») règle de façon globale ce recours collectif; elle vise à résoudre pour de bon et de manière juste et globale les séquelles laissées par les pensionnats indiens et à promouvoir la guérison, l’éducation, la vérité, la réconciliation et la commémoration, notamment en indemnisant financièrement les anciens élèves des pensionnats.

Suivant la CRRPI, les anciens élèves des pensionnats peuvent recevoir deux formes d’indemnisation financière. Premièrement, le paiement d’expérience commune accorde aux demandeurs admissibles une indemnisation financière en fonction du temps qu’ils ont passé dans les pensionnats. Deuxièmement, les anciens élèves qui ont subi des abus et des actes fautifs ayant entraîné de graves conséquences sur le plan psychologique peuvent également présenter une demande dans le cadre du Processus d’évaluation indépendant (« PÉI »). Pour déposer une demande dans le cadre de ce processus, les demandeurs doivent présenter un formulaire de demande au Secrétariat d’adjudication des pensionnats indiens, ce qui implique la communication par ceux-ci de renseignements très sensibles pour examen par un adjudicateur. Ces renseignements sont consignés dans des formulaires de demande, des transcriptions d’audience, des rapports médicaux, des motifs de décisions et d’autres documents (collectivement appelés « documents du PÉI »), dont des copies sont en possession du gouvernement du Canada.

Pendant le PÉI, l’adjudicateur en chef du Secrétariat d’adjudication des pensionnats indiens et la Commission de vérité et de réconciliation (« CVR ») ont présenté des demandes de directives à la Cour supérieure de justice de l’Ontario portant sur le sort final réservé aux documents du PÉI à la fin de ce processus et, si nécessaire, sur la préparation d’un programme de notification visant à informer les demandeurs de la possibilité d’archiver volontairement certains de leurs documents du PÉI au Centre national pour la vérité et réconciliation.

Le juge surveillant a conclu que les documents du PÉI devaient être détruits à l’expiration d’une période de conservation de 15 ans au cours de laquelle les demandeurs du PÉI à titre individuel pourraient demander que les documents se trouvant dans leur propre dossier soient conservés. Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario ont confirmé pour l’essentiel cette ordonnance. Le procureur général du Canada se pourvoit devant la

of the *Access to Information Act*, the *Privacy Act* and the *Library and Archives of Canada Act*, and that the supervising judge had no jurisdiction to order their destruction.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Judges of the provincial and territorial superior courts who certified the class action and approved the IRSSA were designated as supervising judges, and play a vital role under the IRSSA. They have administrative and supervisory jurisdiction over the implementation and administration of the IRSSA and can, among other things, hear requests for directions. In this case, the supervising judge correctly found that he had authority to make orders as to the disposition of the IAP Documents. The courts' supervisory role in implementing the IRSSA allows them to make orders regarding the disposition of the IAP Documents regardless of whether or not they are government records.

The supervising judge concluded, without palpable and overriding error, that the IRSSA allowed for the destruction of the IAP Documents. Both the text of the IRSSA and the surrounding circumstances support the supervising judge's interpretation. The IRSSA's express terms provided that the IAP Documents would be treated as highly confidential, subject to the very limited prospect of disclosure during a retention period, and then be destroyed. The main components to the IRSSA include provisions bearing on the IAP and on the TRC in Schs. D and N. Schedule D, which deals with the IAP, does not expressly state whether federal legislation will apply to documents created or uncovered by the IAP, but it does refer to the intended treatment of various types of information and documents. Schedule N, which details the mandate and process of the TRC, provides that the truth and reconciliation process is committed to the principle of voluntariness with respect to individuals' participation. The supervising judge's findings that the negotiators of the IRSSA intended the IAP to be a confidential and private process, that claimants and perpetrators relied on the confidentiality assurances and that, without such assurances, the IAP could not have functioned were inescapable.

The references to federal access, privacy, and archiving legislation in the *Guide to the Independent Assessment Process Application* should not be given interpretive weight. It does not form part of the IRSSA, and

Cour, faisant valoir que les documents du PÉI « relèvent d'une institution fédérale » au sens de la *Loi sur l'accès à l'information*, de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*, et que le juge surveillant n'avait pas compétence pour ordonner leur destruction.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Les juges des cours supérieures provinciales et territoriales ayant autorisé le recours collectif et approuvé la CRRPI ont été nommés en tant que juges surveillants, et jouent un rôle vital dans la CRRPI. Ils ont un pouvoir administratif et de surveillance en ce qui concerne la mise en œuvre et l'administration de cette convention, et ils peuvent notamment entendre des demandes de directives. En l'espèce, le juge surveillant a conclu à bon droit qu'il avait le pouvoir de rendre des ordonnances sur le sort final des documents issus du PÉI. Le rôle de surveillance des tribunaux dans la mise en œuvre de la CRRPI permet à ceux-ci de rendre des ordonnances sur le sort final des documents du PÉI, que ces documents constituent ou non des documents fédéraux.

Le juge surveillant a conclu, sans erreur manifeste et dominante, que la CRRPI autorisait la destruction des documents du PÉI. L'interprétation du juge surveillant trouve appui tant dans le texte de la CRRPI que dans les circonstances pertinentes. Selon les termes exprès de la CRRPI, les documents du PÉI seraient traités comme des documents hautement confidentiels, sous réserve d'une possibilité très limitée de communication au cours d'une période de conservation, après quoi ceux-ci seraient détruits. Parmi les éléments principaux de la CRRPI figurent des dispositions relatives au PÉI et à la CVR aux ann. D et N. L'annexe D, qui porte sur le PÉI, ne précise pas si les lois fédérales s'appliqueront aux documents créés ou mis au jour dans le cadre du PÉI, mais elle fait état du traitement prévu des différents types de renseignements et de documents. L'annexe N, qui expose en détail le mandat et le processus de la CVR, prévoit que le processus de vérité et de réconciliation repose sur le principe de la participation individuelle à titre strictement volontaire. Les conclusions du juge surveillant portant que les négociateurs de la CRRPI voulaient que le PÉI soit un processus confidentiel et privé, que les demandeurs et les auteurs des actes reprochés se sont appuyés sur les assurances de confidentialité et que, sans ces assurances, le PÉI n'aurait pas pu fonctionner, étaient inéluctables.

Il n'y a pas lieu d'accorder de poids aux références aux lois fédérales sur l'accès à l'information, la protection des renseignements personnels et l'archivage contenues dans le *Guide pour le formulaire d'application au*

it prominently states that, in the event of any differences between the Guide and Sch. D, the official document will prevail. Moreover, its provisions regarding privacy seem completely unmoored from the text of Sch. D and were apparently reproduced from a similar document used in the former alternative dispute resolution process. The supervising judge therefore committed no error by omitting to import the Guide's references to federal access, privacy, and archiving legislation into the IRSSA. The application of this legislation to the IAP Documents would clearly run counter to the principles of confidentiality and voluntariness upon which the IAP was founded.

Finally, the order crafted by the supervising judge was an appropriate exercise of his discretionary power to administer the IRSSA. His order, as modified by the Court of Appeal, strikes a balance between preserving confidentiality and the need to memorialize and commemorate, all the while respecting the choice of survivors to share their stories, and charts an appropriate course between potentially unwanted destruction and potentially injurious preservation. During the 15-year retention period, claimants may choose to have their IAP Documents preserved and archived, and that choice will be brought to their attention through a notice program administered by the Chief Adjudicator. While this order may be inconsistent with the wishes of deceased claimants who were never given the option to preserve their records, the destruction of records that some claimants would have preferred to have preserved works a lesser injustice than the disclosure of records that most expected never to be shared.

### Cases Cited

**Referred to:** *Baxter v. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. (3d) 481; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86; *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 684, 114 O.R. (3d) 263; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Coco v. A.N. Clark (Engineers) Ltd.*, [1969] R.P.C. 41; *Endean v. British Columbia*, 2016 SCC 42, [2016] 2 S.C.R. 162; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306; *Ledcor Construction Ltd.*

*Processus d'évaluation indépendant.* Celui-ci ne fait pas partie de la CRRPI, et il indique de façon bien visible que, si le Guide et l'ann. D diffèrent, le document officiel aura préséance. De plus, ses dispositions concernant la protection des renseignements personnels semblent ne trouver absolument aucun ancrage dans le texte de l'ann. D et auraient apparemment été reprises d'un document semblable ayant servi dans l'ancien mode alternatif de résolution des conflits. Le juge surveillant n'a donc commis aucune erreur en n'important pas dans la CRRPI les références aux lois fédérales sur l'accès à l'information, la protection des renseignements personnels et l'archivage contenues dans le Guide. L'application de ces lois aux documents du PÉI irait clairement à l'encontre des principes de la confidentialité et du caractère volontaire sur lesquels repose le PÉI.

Enfin, l'ordonnance conçue par le juge surveillant constituait un exercice approprié du pouvoir discrétionnaire dont il disposait en ce qui a trait à l'administration de la CRRPI. Son ordonnance, modifiée par la Cour d'appel, établit un équilibre entre la préservation de la confidentialité et la nécessité de remémoration et de commémoration, tout en respectant le choix des survivants de révéler ou non leur histoire; elle établit aussi une solution appropriée entre la destruction éventuelle non désirée et la conservation éventuelle préjudiciable. Pendant la période de conservation de 15 ans, les demandeurs peuvent choisir de faire conserver et archiver leurs documents du PÉI, et seront informés de cette possibilité par l'entremise d'un programme de notification administré par l'adjudicateur en chef. Bien qu'il soit possible que cette ordonnance contrevienne aux désirs de demandeurs décédés qui ne se sont jamais vu offrir la possibilité de faire conserver leurs documents, la destruction de documents que certains demandeurs auraient préféré voir conservés est une injustice moindre que la communication de documents que la majorité s'attendait à ne voir jamais communiqués.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Baxter c. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. (3d) 481; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86; *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 684, 114 O.R. (3d) 263; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Coco c. A.N. Clark (Engineers) Ltd.*, [1969] R.P.C. 41; *Endean c. Colombie-Britannique*, 2016 CSC 42, [2016] 2 R.C.S. 162; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306; *Ledcor Construction*



v. *Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23; *Lavier v. MyTravel Canada Holidays Inc.*, 2013 ONCA 92, 359 D.L.R. (4th) 713; *P. (W.) v. Alberta*, 2014 ABCA 404, 378 D.L.R. (4th) 629; *Balogun v. Pandher*, 2010 ABCA 40, 474 A.R. 258; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Green*, 2015 SCC 60, [2015] 3 S.C.R. 801; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; *Québec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v. Jodoin*, 2017 SCC 26, [2017] 1 S.C.R. 478.

### Statutes and Regulations Cited

*Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, s. 4.  
*Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, s. 12.  
*Library and Archives of Canada Act*, S.C. 2004, c. 11, preamble, ss. 2, 12.  
*Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 3 “personal information”, 7 to 10, 8(2)(j), 12.

### Treaties and Agreements

*Indian Residential Schools Settlement Agreement* (2006), preamble, arts. 4.06(g), 5.02, 7.01, Sch. D, arts. II, III(o), App. II, items (i), (iv), VII, VIII, Sch. N, arts. 1, 2(c), 4(b), 11.

### Authors Cited

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.  
 Indian Residential Schools Adjudication Secretariat. *Guide to the Independent Assessment Process Application*, updated April 4, 2013 (online: <http://www.iap-pei.ca/media/information/publication/pdf/pub/iapg-v3.2-20130404-eng.pdf>; archived version: [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC47\\_1\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC47_1_eng.pdf)).  
 The Right Honourable Stephen Harper on behalf of the Government of Canada. “Statement of Apology to former students of Indian Residential Schools”, Ottawa, June 11, 2008 (online: [https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/rqpi\\_apo\\_pdf\\_1322167347706\\_eng.pdf](https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/rqpi_apo_pdf_1322167347706_eng.pdf); archived version: [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC47\\_2\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC47_2_eng.pdf)).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Strathy C.J., Sharpe and MacFarland J.J.A.), 2016 ONCA 241, 130 O.R. (3d) 1, [2016] 3 C.N.L.R. 72, 397 D.L.R. (4th) 243, 346 O.A.C. 321,

*Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23; *Lavier c. MyTravel Canada Holidays Inc.*, 2013 ONCA 92, 359 D.L.R. (4th) 713; *P. (W.) c. Alberta*, 2014 ABCA 404, 378 D.L.R. (4th) 629; *Balogun c. Pandher*, 2010 ABCA 40, 474 A.R. 258; *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Green*, 2015 CSC 60, [2015] 3 R.C.S. 801; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin*, 2017 CSC 26, [2017] 1 R.C.S. 478.

### Lois et règlements cités

*Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6, art. 12.  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, c. A-1, art. 4.  
*Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*, L.C. 2004, c. 11, préambule, art. 2, 12.  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21, art. 3 « renseignements personnels », 7 à 10, 8(2j), 12.

### Traités et ententes

*Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* (2006), préambule, art. 4.06(g), 5.02, 7.01, ann. D, art. II, III(o), ann. II, points i), iv), VII, VIII, ann. N, art. 1, 2(c), 4b), 11.

### Doctrines et autres documents cités

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.  
 Le très honorable Stephen Harper au nom du gouvernement du Canada. « Présentation d'excuses aux anciens élèves des pensionnats indiens », Ottawa, 11 juin 2008, (en ligne : [https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/rqpi\\_apo\\_pdf\\_1322167347706\\_fra.pdf](https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ/STAGING/texte-text/rqpi_apo_pdf_1322167347706_fra.pdf); version archivée : [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC47\\_2\\_fra.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC47_2_fra.pdf)).  
 Secrétariat d'adjudication des pensionnats indiens. *Guide pour le formulaire d'application au Processus d'évaluation indépendant*, mis à jour le 4 avril 2013 (en ligne : <http://www.iap-pei.ca/media/information/publication/pdf/pub/iapg-v3.2-20130404-fra.pdf>; version archivée : [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC47\\_1\\_fra.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC47_1_fra.pdf)).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Strathy et les juges Sharpe et MacFarland), 2016 ONCA 241, 130 O.R. (3d) 1, [2016] 3 C.N.L.R. 72, 397 D.L.R. (4th) 243,

[2016] O.J. No. 1658 (QL), 2016 CarswellOnt 4938 (WL Can.), substantially affirming a decision of Perell J., 2014 ONSC 4585, 122 O.R. (3d) 1, [2014] 4 C.N.L.R. 72, [2014] O.J. No. 3638 (QL), 2014 CarswellOnt 10756 (WL Can.). Appeal dismissed.

*Christopher Rupar and Alexander Pless*, for the appellant.

*Janine L. Lavoie-Harding, David M. Stack, Q.C., and C. Kelsey O'Brien*, for the respondents Sisters of Charity, a Body Corporate also known as Sisters of Charity of St. Vincent de Paul, Halifax, also known as Sisters of Charity Halifax, Oeuvres Oblates de l'Ontario, Résidences Oblates du Québec, Soeurs Grises de Montréal/Grey Nuns of Montréal, Sisters of Charity (Grey Nuns) of Alberta, Soeurs de la Charité des T.N.-O., Hôtel-Dieu de Nicolet, Grey Nuns of Manitoba Inc. — Soeurs Grises du Manitoba Inc., Missionary Oblates — Grandin Province, Oblats de Marie Immaculée du Manitoba, Oblates of Mary Immaculate — St. Peter's Province, Sisters of Saint Ann, Sisters of Instruction of the Child Jesus, Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia, Sisters of Charity of Providence of Western Canada and Roman Catholic Archbishopial Corporation of Winnipeg.

*Raymond Doray and Pierre-L. Baribeau*, for the respondents Soeurs de Notre-Dame-Auxiliatrice, Soeurs de St-François D'Assise, Institut des Soeurs du Bon Conseil, Soeurs de Saint-Joseph de Saint-Hyacinthe, Soeurs de Jésus-Marie, Soeurs de l'Assomption de la Sainte Vierge, Soeurs de l'Assomption de la Sainte Vierge de l'Alberta, Soeurs Missionnaires du Christ-Roi and Soeurs de la Charité de St-Hyacinthe.

*Joanna Birenbaum, Naomi Andrew and Lynne Hiebert*, for the respondent National Centre for Truth and Reconciliation.

*Stuart Wuttke, Julie McGregor and Kathleen Mahoney, Q.C.*, for the respondent Assembly of First Nations.

346 O.A.C. 321, [2016] O.J. No. 1658 (QL), 2016 CarswellOnt 4938 (WL Can.), qui a confirmé pour l'essentiel une décision du juge Perell, 2014 ONSC 4585, 122 O.R. (3d) 1, [2014] 4 C.N.L.R. 72, [2014] O.J. No. 3638 (QL), 2014 CarswellOnt 10756 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

*Christopher Rupar et Alexander Pless*, pour l'appellant.

*Janine L. Lavoie-Harding, David M. Stack, c.r., et C. Kelsey O'Brien*, pour les intimés Sisters of Charity, une personne morale connue sous le nom de Sisters of Charity of St. Vincent de Paul, Halifax, également connue sous le nom de Sisters of Charity Halifax, Oeuvres Oblates de l'Ontario, Résidences Oblates du Québec, Soeurs Grises de Montréal/Grey Nuns of Montréal, Sisters of Charity (Grey Nuns) of Alberta, Soeurs de la Charité des T.N.-O., Hôtel-Dieu de Nicolet, Grey Nuns of Manitoba Inc. — Soeurs Grises du Manitoba Inc., Missionary Oblates — Grandin Province, Oblats de Marie Immaculée du Manitoba, Oblates of Mary Immaculate — St. Peter's Province, Sisters of Saint Ann, Sisters of Instruction of the Child Jesus, Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia, Sisters of Charity of Providence of Western Canada et Roman Catholic Archbishopial Corporation of Winnipeg.

*Raymond Doray et Pierre-L. Baribeau*, pour les intimés Soeurs de Notre-Dame-Auxiliatrice, Soeurs de St-François D'Assise, Institut des Soeurs du Bon Conseil, Soeurs de Saint-Joseph de Saint-Hyacinthe, Soeurs de Jésus-Marie, Soeurs de l'Assomption de la Sainte Vierge, Soeurs de l'Assomption de la Sainte Vierge de l'Alberta, Soeurs Missionnaires du Christ-Roi et Soeurs de la Charité de St-Hyacinthe.

*Joanna Birenbaum, Naomi Andrew et Lynne Hiebert*, pour l'intimé Centre national pour la vérité et réconciliation.

*Stuart Wuttke, Julie McGregor et Kathleen Mahoney, c.r.*, pour l'intimée Assemblée des Premières Nations.

*Peter R. Grant, Diane Soroka and Sandra Staats*, for the respondent Independent Counsel.

*Hugo Prud'homme*, for the respondent Inuit Representatives.

*Joseph J. Arvay, Q.C., Catherine J. Boies Parker and Susan E. Ross*, for the respondent Chief Adjudicator of the Indian Residential Schools Adjudication Secretariat.

No one appeared for the other respondents.

Written submissions only by *Barbara McIsaac, Q.C., Kate Wilson, Regan Morris and James Nowlan*, for the intervener Privacy Commissioner of Canada.

*Christopher G. Devlin, Nicole Bresser and John Gailus*, for the intervener Coalition to Preserve Truth.

*Richard Dearden and Adam Zanna*, for the intervener Information Commissioner of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

BROWN AND ROWE JJ. —

## I. Introduction

[1] From the 1860s to the 1990s, more than 150,000 First Nations, Inuit, and Métis children were required to attend Indian Residential Schools operated by religious organizations and funded by the Government of Canada. As Canada has acknowledged, this system was intended to “remove and isolate children from the influence of their homes, families, traditions and culture” (“Statement of Apology to former students of Indian Residential Schools” of the Right Honourable Stephen Harper on behalf of Canada, June 11, 2008 (online)). Thousands of these children were abused physically, emotionally, and sexually while at residential schools.

*Peter R. Grant, Diane Soroka et Sandra Staats*, pour l’intimé Avocats indépendants.

*Hugo Prud'homme*, pour l’intimé Représentants des Inuits.

*Joseph J. Arvay, c.r., Catherine J. Boies Parker et Susan E. Ross*, pour l’intimé Adjudicateur en chef du Secrétariat d’adjudication des pensionnats indiens.

Personne n’a comparu pour les autres intimés.

Argumentation écrite seulement par *Barbara McIsaac, c.r., Kate Wilson, Regan Morris et James Nowlan*, pour l’intervenant Commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

*Christopher G. Devlin, Nicole Bresser et John Gailus*, pour l’intervenante Coalition to Preserve Truth.

*Richard Dearden et Adam Zanna*, pour l’intervenant Commissaire à l’information du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES BROWN ET ROWE —

## I. Introduction

[1] À compter des années 1860 jusqu’aux années 1990, plus de 150 000 enfants — Premières Nations, Inuits et Métis — ont été obligés de fréquenter des pensionnats indiens dirigés par des organismes religieux et financés par le gouvernement du Canada. Comme l’a reconnu le Canada, ce système visait à « isoler les enfants et [à] les soustraire à l’influence de leurs foyers, de leurs familles, de leurs traditions et de leur culture » (« Présentation d’excuses aux anciens élèves des pensionnats indiens » par le très honorable Stephen Harper au nom du Canada, 11 juin 2008 (en ligne)). Des milliers de ces enfants ont été victimes de sévices physiques, psychologiques et sexuels pendant leur séjour dans des pensionnats.

[2] Under the *Indian Residential Schools Settlement Agreement* (2006) (“IRSSA”), survivors of residential schools could seek compensation through the specially designed Independent Assessment Process (“IAP”).<sup>1</sup> This entailed disclosure by claimants of acutely sensitive particulars — both of the abuse suffered, and of its consequences — for examination by an adjudicator. This information is recorded in application forms, hearing transcripts, medical reports, reasons for decisions and other documents (collectively, the “IAP Documents”), copies of which are held by Canada.

[3] This appeal concerns the fate of the digital and physical records generated by this process. In particular, this Court must determine whether the IAP Documents should be destroyed, or retained and eventually archived at Library and Archives Canada. In response to requests for directions to the Ontario Superior Court of Justice from various parties to the IRSSA, the supervising judge found that these records must be destroyed following a 15-year retention period during which individual IAP claimants could elect to have the records in their own file preserved. This order was substantially upheld by the majority of the Ontario Court of Appeal. The Attorney General of Canada now appeals that result to this Court.

[4] We would dismiss the appeal and uphold the supervising judge’s order as varied by the Court of Appeal. In our view, the supervising judge’s order is not, as the Attorney General of Canada claims, precluded by the operation of the *Library and Archives of Canada Act*, S.C. 2004, c. 11, or any other legislation. Moreover, it was an appropriate exercise of the supervising judge’s discretionary power to administer the IRSSA.

<sup>1</sup> Our reasons for judgment unavoidably employ a large number of acronyms, a complete list of which is attached hereto as an appendix.

[2] Aux termes de la *Convention de règlement relative aux pensionnats indiens* (2006) (« CRRPI »), les survivants des pensionnats indiens pouvaient demander une indemnisation dans le cadre du Processus d’évaluation indépendant (« PÉI »), conçu spécialement à cette fin<sup>1</sup>. Pour ce faire, les demandeurs devaient communiquer des renseignements très sensibles — tant en ce qui concerne les abus dont ils ont été victimes que ses répercussions — pour examen par un adjudicateur. Ces renseignements sont consignés dans des formulaires de demande, des transcriptions d’audience, des rapports médicaux, des motifs de décisions et d’autres documents (collectivement appelés les « documents issus du PÉI » ou « documents du PÉI »), dont des copies sont en possession du Canada.

[3] Le pourvoi porte sur ce qui advient des documents numériques et papier issus du PÉI. Plus précisément, la Cour est appelée à décider si les documents du PÉI devraient être détruits, ou conservés et ultérieurement archivés à Bibliothèque et Archives Canada. En réponse à des demandes de directives présentées à la Cour supérieure de justice de l’Ontario par diverses parties à la CRRPI, le juge surveillant a conclu que ces documents devaient être détruits à l’expiration d’une période de conservation de 15 ans au cours de laquelle les demandeurs du PÉI à titre individuel pourraient demander que les documents se trouvant dans leur propre dossier soient conservés. Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario ont confirmé pour l’essentiel cette ordonnance. Le procureur général du Canada se pourvoit maintenant contre cette décision devant la Cour.

[4] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l’ordonnance du juge surveillant telle que l’a modifiée la Cour d’appel. Selon nous, cette ordonnance n’est pas, contrairement à ce que fait valoir le procureur général du Canada, prohibée par la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*, L.C. 2004, c. 11, ou toute autre loi. De plus, elle constituait un exercice approprié du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant en ce qui a trait à l’administration de la CRRPI.

<sup>1</sup> De nombreux acronymes figurent inévitablement dans nos motifs; une liste complète de ceux-ci se trouve en annexe.

## II. Overview of Facts and Proceedings

### A. *Background*

[5] In the late 1990s and early 2000s, a number of individual and class actions were brought by survivors of residential schools. In November 2003, the Government of Canada established a voluntary alternative dispute resolution (“ADR”) process to compensate survivors. In 2006, an agreement was reached and class actions in nine provinces and territories were consolidated into a single action.<sup>2</sup> The IRSSA is a comprehensive settlement of that class action, and was the product of extensive negotiations among the plaintiffs and their representatives, the Government of Canada, and various religious organizations which had operated these schools. It seeks to achieve a “fair, comprehensive and lasting resolution of the legacy of Indian Residential Schools” and aims to promote “healing, education, truth and reconciliation and commemoration” (IRSSA, preamble), by:

- (1) financially compensating former students of residential schools;
- (2) establishing a truth and reconciliation commission;
- (3) providing an endowment to healing programs; and
- (4) resolving all outstanding litigation regarding residential schools.

[6] Compensation under the IRSSA may take two forms. First, the Common Experience Payment (“CEP”) provides \$10,000 to eligible claimants who resided at an Indian Residential School for one school year or part thereof, and an additional \$3,000 for every additional year or part thereof (IRSSA, art. 5.02). The second manner by which claimants may be compensated — and this is the process

<sup>2</sup> The class action was, in effect, nationwide. The Superior Court of Justice of Ontario had jurisdiction over the claims of residents of Nova Scotia, New Brunswick, Prince Edward Island and Newfoundland and Labrador (*Baxter v. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. (3d) 481 (S.C.J.), at paras. 4-5).

## II. Rappel factuel et procédural

### A. *Genèse de l’instance*

[5] À la fin des années 1990 et au début des années 2000, des survivants des pensionnats ont intenté un certain nombre de recours individuels et collectifs. En novembre 2003, le gouvernement du Canada a établi un mode alternatif de règlement des conflits (« MARC ») d’application volontaire pour indemniser ceux-ci. En 2006, une convention a été conclue, et les recours collectifs intentés dans neuf provinces et territoires ont été fusionnés en un seul recours<sup>2</sup>. La CRRPI règle de façon globale ce recours collectif et elle est le fruit de longues négociations entre les demandeurs et leurs représentants, le gouvernement du Canada et divers organismes religieux qui ont dirigé les pensionnats en question. Elle vise à résoudre « pour de bon et de manière juste et globale les séquelles laissées par les pensionnats indiens » et à promouvoir « la guérison, l’éducation, la vérité, la réconciliation et la commémoration » (CRRPI, préambule) en :

- (1) indemnisant financièrement les anciens élèves des pensionnats;
- (2) mettant sur pied une commission de vérité et de réconciliation;
- (3) constituant un fonds de dotation pour des programmes de guérison;
- (4) réglant tous les litiges pendants relatifs aux pensionnats.

[6] Suivant la CRRPI, l’indemnisation peut prendre deux formes. La première est le paiement d’expérience commune (« PEC »), lequel consiste en le versement d’une somme de 10 000 \$ aux demandeurs admissibles qui ont résidé dans un pensionnat indien pendant une année scolaire ou une portion d’année scolaire, à laquelle s’ajoute une somme de 3 000 \$ pour chaque année supplémentaire ou

<sup>2</sup> Il s’agissait en fait d’un recours collectif à l’échelle nationale. La Cour supérieure de justice de l’Ontario avait compétence à l’égard des demandes de résidents de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, de l’Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve-et-Labrador (*Baxter c. Canada (Attorney General)* (2006), 83 O.R. (3d) 481 (C.S.J.), par. 4-5).

giving rise to this appeal — is through the IAP. It allows former students who were survivors of sexual abuse, serious physical abuse, and other wrongful acts resulting in serious psychological consequences to bring claims forward, in addition to any claim they might bring under the CEP. The deadline for applying to the IAP was September 19, 2012. As of June 2014, 37,716 IAP claims had been initiated, of which 25,800 had been resolved.

[7] To initiate a claim under the IAP, a claimant must submit an application form to the Indian Residential Schools Adjudication Secretariat. The process then unfolds as described by the Ontario Superior Court of Justice:

The IAP begins with an application that appears to serve functions similar to a statement of claim. In the application form, the Claimant provides details of the wrongdoing with dates, places, times, and the Claimant provides information to identify the alleged perpetrator. In the application, the Claimant provides a Narrative in the first person and outlines his or her request for compensation in accordance with the IRSSA. Depending on the nature of the claim for compensation, certain documents must be provided by a Claimant with the application.

(*Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86, at para. 76)

[8] As found by the supervising judge, “for a claimant to complete the application form, he or she will disclose the most private and most intimate personal information, including a first-person narrative outlining his or her request for compensation” (2014 ONSC 4585, 122 O.R. (3d) 1, at para. 176). Applications are then forwarded to Canada and to the church entity that operated the residential school in question. If the claim is not settled at this stage, it will proceed to a hearing before an adjudicator, supervised by the Chief Adjudicator of the Indian Residential Schools Adjudication Secretariat. The

portion d’une telle année (CRRPI, art. 5.02). La deuxième forme d’indemnisation est celle que les demandeurs peuvent obtenir dans le cadre du PÉI, soit le processus à l’origine du présent pourvoi. Ce processus permet aux anciens élèves qui ont subi des abus sexuels, des abus physiques graves et d’autres actes fautifs ayant entraîné de graves conséquences sur le plan psychologique de présenter des demandes — outre toute demande qu’ils peuvent déposer dans le cadre du processus de PEC. La date limite pour faire une demande dans le cadre du PÉI était le 19 septembre 2012. En juin 2014, 37 716 demandes avaient été présentées dans le cadre du PÉI et 25 800 d’entre elles avaient été réglées.

[7] Pour déposer une demande dans le cadre du PÉI, le demandeur doit présenter un formulaire de demande au Secrétariat d’adjudication des pensionnats indiens. Le processus se déroule ensuite de la manière décrite par la Cour supérieure de justice de l’Ontario :

[TRADUCTION] Le PÉI débute par la présentation d’une demande qui semble jouer un rôle semblable à celui de la déclaration. Dans le formulaire de demande, le demandeur fournit des précisions quant à l’acte fautif — dates, lieux, heures — ainsi que des renseignements permettant d’identifier l’auteur présumé de celui-ci. Il y présente un récit à la première personne exposant sa demande d’indemnisation conformément à la CRRPI. Selon la nature de la demande d’indemnisation, il doit fournir certains documents avec la demande.

(*Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86, par. 76)

[8] Comme l’a conclu le juge surveillant, [TRADUCTION] « pour remplir un formulaire de demande, le demandeur doit communiquer les renseignements personnels les plus privés et les plus intimes, notamment un récit rédigé à la première personne exposant sa demande d’indemnisation » (2014 ONSC 4585, 122 O.R. (3d) 1, par. 176). Les demandes sont ensuite envoyées au gouvernement du Canada et à l’entité religieuse qui exploitait le pensionnat en question. Si la demande n’est pas réglée à cette étape, elle sera entendue par un adjudicateur sous la supervision de l’adjudicateur en chef du Secrétariat

Settlement Agreement Operations Branch (“SAO”), a branch within Aboriginal Affairs and Northern Development Canada (“AANDC”), represents Canada as a defendant to these claims. The Secretariat’s website at the time of the requests for directions represented that IAP hearings are private: “The hearing is held in private. The public and the media are not allowed to attend. Each person who attends the hearing must sign a confidentiality agreement. This means that what is said at the hearing stays private” (supervising judge’s reasons, at para. 184).

[9] IAP hearings serve two purposes: testing the credibility of the claimant and assessing the harm suffered. After the hearing, the adjudicator produces a decision outlining key factual findings and, generally, the adjudicator must outline the rationale for finding or not finding that the claimant is entitled to compensation.

[10] It is the post-decision disposition of the records generated by the IAP — the IAP Documents — that is at issue here. As explained by the supervising judge, the IAP Documents comprise seven categories: “(1) applications submitted by the claimants; (2) mandatory documents containing private personal information; (3) witness statements; (4) documentary evidence produced by the parties; (5) transcripts and audio recordings of the hearings; (6) expert and medical reports; and (7) decisions of the adjudicators and any appeals” (supervising judge’s reasons, at para. 205). The Secretariat and the SAO both currently possess thousands of digital and physical copies of these various records pertaining to more than 37,000 claims made under the IAP.

[11] As already noted, beyond its compensation function, the IRSSA also aims to commemorate and memorialize the residential schools system. Article 7.01 of the IRSSA established the Truth and

d’adjudication des pensionnats indiens. La Direction générale des opérations de la Convention de règlement (« DGOOCR ») — direction faisant partie d’Affaires autochtones et Développement du Nord Canada (« AADNC ») — représente le Canada en tant que défendeur dans ces demandes. Il était indiqué sur le site Web du Secrétariat à l’époque où les demandes de directives ont été présentées que les audiences tenues dans le cadre du PÉI étaient privées : « L’audience a lieu en privé. Le public et les médias n’y sont pas admis. Toute personne qui assiste à l’audience doit signer une entente de confidentialité, ce qui signifie que ce qui se dit à l’audience demeure privé » (motifs du juge surveillant, par. 184).

[9] Les audiences tenues dans le cadre du PÉI servent deux fins : vérifier la crédibilité du demandeur et évaluer le préjudice subi. Après l’audience, l’adjudicateur rend une décision exposant les conclusions factuelles déterminantes et, généralement, il doit présenter les motifs pour lesquels il conclut ou non que le demandeur a le droit d’être indemnisé.

[10] En l’espèce, la question en litige porte sur le sort final, c’est-à-dire ce qui advient, des documents issus du PÉI une fois qu’une décision a été rendue. Comme l’a expliqué le juge surveillant, ces documents se répartissent en sept catégories : [TRANSDUCTION] « (1) les demandes présentées par les demandeurs; (2) les documents obligatoires contenant des renseignements personnels à caractère privé; (3) les déclarations livrées par des témoins; (4) les éléments de preuve documentaire produits par les parties; (5) les transcriptions et les enregistrements sonores des audiences; (6) les rapports d’experts et médicaux; (7) les décisions des adjudicateurs et tout appel » (motifs du juge surveillant, par. 205). Actuellement, le Secrétariat et la DGOOCR ont tous deux en leur possession des milliers de copies numériques et papier de ces divers documents portant sur plus de 37 000 demandes présentées dans le cadre du PÉI.

[11] Comme nous l’avons déjà souligné, la CRRPI vise non seulement à indemniser les victimes, mais aussi à commémorer et à remémorer le système des pensionnats. L’article 7.01 de la CRRPI institue la

Reconciliation Commission (“TRC”). The TRC is tasked with “creat[ing] a historical record of the residential school system and ensur[ing that] its legacy is preserved and made accessible to the public for future study and use” (supervising judge’s reasons, at para. 5). The National Centre for Truth and Reconciliation (“NCTR”) was to archive and store the records collected by the TRC, along with the historical records regarding residential schools. The tension between that mandate of commemoration and memorialization, and the privacy which IAP claimants were promised, lies at the heart of this appeal.

### B. *Judicial History*

- (1) Ontario Superior Court of Justice — 2014 ONSC 4585, 122 O.R. (3d) 1

[12] The Chief Adjudicator and the TRC brought requests for directions to the Ontario Superior Court of Justice on the disposition of the IAP Documents and, if necessary, on the development of a notice program to inform claimants of the possibility of voluntarily archiving some of their IAP Documents at the NCTR.

[13] The TRC argued that the IAP Documents were government records under its control, and therefore subject to the *Library and Archives of Canada Act*. Canada and the NCTR generally supported the TRC’s position, arguing that the IAP Documents are essential to preserving the historical record of the residential school abuses. The Chief Adjudicator, however, submitted that the IAP Documents were court records, not government records. The intention underlying the IRSSA was that the IAP Documents should be destroyed after a retention period to allow for voluntary archival by the claimant. This call for destruction, following a retention period, was generally echoed by the Assembly of First Nations, the Sisters of St. Joseph of Sault Ste. Marie, the Twenty-Four Catholic Entities, the Nine Catholic Entities, and the Independent Counsel.

Commission de vérité et de réconciliation (« CVR »). Cette dernière est chargée de [TRADUCTION] « créer un dossier historique portant sur le système des pensionnats et de veiller à ce que son legs soit préservé et mis à la disposition du public pour étude et utilisation ultérieures » (motifs du juge surveillant, par. 5). Le Centre national pour la vérité et réconciliation (« CNVR ») est quant à lui chargé d’archiver et d’entreposer les documents recueillis par la CVR, ainsi que les documents historiques concernant les pensionnats. La tension qui existe entre la mission de commémoration et de remémoration et la promesse de confidentialité faite aux demandeurs du PÉI est au cœur du présent pourvoi.

### B. *Décisions des juridictions inférieures*

- (1) Cour supérieure de justice de l’Ontario — 2014 ONSC 4585, 122 O.R. (3d) 1

[12] L’adjudicateur en chef et la CVR ont présenté des demandes de directives à la Cour supérieure de justice de l’Ontario portant sur le sort final réservé aux documents du PÉI et, si nécessaire, sur la préparation d’un programme de notification visant à informer les demandeurs de la possibilité d’archiver volontairement certains de leurs documents du PÉI au CNVR.

[13] La CVR a plaidé que les documents du PÉI étaient des documents fédéraux relevant d’elle et qu’ils étaient donc assujettis à la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*. Le Canada et le CNVR ont appuyé de façon générale la thèse de la CVR, faisant valoir que les documents du PÉI étaient essentiels à la préservation du dossier historique relatif aux sévices commis dans les pensionnats. Toutefois, l’adjudicateur en chef a soutenu que les documents du PÉI étaient des documents judiciaires, et non des documents fédéraux. L’intention qui sous-tendait la CRRPI était que les documents du PÉI devaient être détruits après avoir été conservés un certain temps afin de permettre au demandeur de les archiver volontairement. De façon générale, l’Assemblée des Premières Nations, la congrégation des Sisters of St. Joseph of Sault Ste. Marie, les vingt-quatre entités catholiques, les neuf entités catholiques et les avocats indépendants ont repris cette position.



[14] The supervising judge, Perell J., began by reviewing the principles of contractual interpretation applicable to the IRSSA, which entails identifying the intent of the parties at the time they negotiated the contract. He adopted the principles of interpretation applicable to the IRSSA as stated in *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 684, 114 O.R. (3d) 263, at para. 68, that the text of the agreement must be read as whole, having regard to the plain meaning of the words used as well as the context provided by the circumstances existing at the time the IRSSA was created. Further, he observed that the IRSSA, while not a treaty, “is at least as important as a treaty” and its interpretation must be informed by the honour of the Crown (para. 88).

[15] On balance, the supervising judge concluded that the court should exercise its jurisdiction to order destruction of the IAP Documents. He identified three reasons for doing so.

[16] First, as a matter of contractual interpretation, destruction is what the parties had bargained for. The IAP was intended to be a confidential process, and both claimants and alleged perpetrators had relied on that assurance of confidentiality in deciding to participate. Archiving the IAP Documents at Library and Archives Canada would not conform to the “high degree of confidentiality that the parties bargained for” (para. 317). Rather, the IRSSA provided that the IAP Documents, including Canada’s copies thereof, would be destroyed following a retention period, during which period they would be governed by the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, and the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21. In the alternative, destruction of the IAP Documents amounted to an implied term in the IRSSA, because it was necessary to give the agreement “operative efficiency” (para. 325).

[17] Second, the IAP Documents are subject to an implied undertaking, which the court can enforce by

[14] Le juge surveillant, le juge Perell, a d’abord examiné les principes d’interprétation des contrats applicables à la CRRPI, suivant lesquels il faut déterminer quelle était l’intention des parties à l’époque où elles ont négocié le contrat. Il a adopté les principes d’interprétation applicables à la CRRPI énoncés dans *Fontaine c. Canada (Attorney General)*, 2013 ONSC 684, 114 O.R. (3d) 263, par. 68, principes selon lesquels il faut lire la convention dans son ensemble en tenant compte du sens ordinaire des termes employés et du contexte découlant des circonstances existant au moment où elle a été créée. Il a en outre souligné que, bien qu’elle ne constitue pas un traité, la CRRPI [TRADUCTION] « est au moins aussi importante qu’un traité » et son interprétation doit reposer sur le principe de l’honneur de la Couronne (par. 88).

[15] Tout bien considéré, le juge surveillant a conclu que le tribunal devait exercer son pouvoir d’ordonner la destruction des documents du PÉI. Il a relevé trois raisons pour lesquelles il fallait le faire.

[16] Premièrement, sur le plan de l’interprétation contractuelle, la destruction est, selon lui, ce que les parties ont négocié. Le PÉI se voulait un processus confidentiel, et tant les demandeurs que les auteurs présumés des actes reprochés se sont appuyés sur cette assurance de confidentialité lorsqu’ils ont décidé d’y participer. L’archivage des documents du PÉI à Bibliothèque et Archives Canada ne respecterait pas le [TRADUCTION] « niveau élevé de confidentialité négocié par les parties » (par. 317). La CRRPI prévoyait plutôt que les documents du PÉI, y compris les copies en la possession du Canada, seraient détruits à la suite d’une période de conservation au cours de laquelle ceux-ci seraient régis par la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. 1985, c. A-1, et la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21. De façon subsidiaire, la destruction des documents du PÉI équivalait à une condition implicite de la CRRPI, car il était nécessaire de faire en sorte que la convention « s’applique de manière efficace » (par. 325).

[17] Deuxièmement, les documents du PÉI font l’objet d’un engagement implicite que le tribunal

ordering their destruction. Notwithstanding Canada's possession of some IAP Documents, the supervising judge found that the court had jurisdiction to make an order *in rem* that the IAP Documents be destroyed, subject to the rights of claimants to archive them at the NCTR, because "[t]he IAP Documents are a product of an alternative dispute resolution mechanism" (para. 335). Relying on his analysis in *Fontaine*, 2014 ONSC 283, the supervising judge held that the IAP was a form of litigation to which the implied undertaking applied. In his view, this implied undertaking restricted Canada from providing its IAP Documents to the TRC, the NCTR, or Library and Archives Canada, and the court could order destruction of all the IAP Documents to enforce the implied undertaking.

[18] Third, the IAP Documents are subject to the law governing breach of confidence. "A breach of confidence occurs when a confider discloses confidential information to a confidant in circumstances in which there is an obligation of confidentiality and the confidant misuses the confidential information" (para. 357, relying on *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, and *Coco v. A.N. Clark (Engineers) Ltd.*, [1969] R.P.C. 41 (Ch.)). The supervising judge found that Canada's agreement to transfer the IAP Documents to Library and Archives Canada amounted to a breach of confidence, and the appropriate remedy was an order providing for destruction after a 15-year retention period.

[19] Finally, the supervising judge concluded that his destruction order should be made subject to a retention period. This would allow for the development and implementation of a notice program, conducted by the TRC or the NCTR, to advise IAP claimants of the rights they have under the IRSSA to share their stories with the NCTR.

peut faire respecter en ordonnant leur destruction. Malgré le fait que le Canada ait en sa possession certains documents du PÉI, le juge surveillant a conclu que le tribunal avait compétence pour rendre une ordonnance *in rem* portant élimination des documents du PÉI, sous réserve du droit des demandeurs de les faire archiver au CNVR, parce que [TRADUCTION] « [I]es documents du PÉI proviennent d'un mode alternatif de résolution des conflits » (par. 335). S'appuyant sur son analyse dans *Fontaine*, 2014 ONSC 283, le juge surveillant a conclu que le PÉI était une forme de procédure visée par l'engagement implicite. Selon lui, cet engagement implicite empêchait le Canada de remettre ses documents du PÉI à la CVR, au CNVR ou à Bibliothèque et Archives Canada, et le tribunal pouvait ordonner la destruction de tous les documents du PÉI pour faire respecter celui-ci.

[18] Troisièmement, les règles de droit relatives à l'abus de confiance s'appliquent aux documents du PÉI. [TRADUCTION] « Il y a abus de confiance lorsqu'une personne communique à une autre personne des renseignements confidentiels dans des circonstances où il existe une obligation de confidentialité et que la personne qui les a reçus utilise à mauvais escient ces renseignements » (par. 357, s'appuyant sur *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, et *Coco c. A.N. Clark (Engineers) Ltd.*, [1969] R.P.C. 41 (Ch.)). Le juge surveillant a conclu que le fait que le Canada ait accepté de transférer les documents du PÉI à Bibliothèque et Archives Canada équivalait à un abus de confiance et que la réparation appropriée consistait à ordonner leur destruction après une période de conservation de 15 ans.

[19] Enfin, le juge surveillant a conclu que son ordonnance de destruction devait être assortie d'une période de conservation. Cela permettrait de préparer et de mettre en œuvre un programme de notification, dirigé par la CVR ou le CNVR, visant à informer les demandeurs du PÉI des droits que leur reconnaît la CRRPI en ce qui a trait à la communication de leur récit au CNVR.

(2) Court of Appeal for Ontario — 2016 ONCA 241, 130 O.R. (3d) 1

[20] On appeal, the Sisters of St. Joseph of Sault Ste. Marie, the Twenty-Two Catholic Entities, and the Nine Catholic Entities, supported by the Independent Counsel, argued that the IRSSA expressly provides that archiving requires *their* consent, and not just that of a claimant. Canada, on cross-appeal, supported by the TRC and NCTR, argued that it controls the IAP Documents, which are accordingly subject to federal privacy, access to information, and archiving legislation. Independent Counsel, in addition to supporting the Catholic Entities' submission regarding consent, argued that the notice program should not be run by either the TRC or NCTR, but by the Chief Adjudicator. Further, the retention period for the IAP Documents should be lowered to 2 years from 15 years. Finally, the destruction order should include documents from the ADR process.

[21] Writing for the majority, Strathy C.J. dismissed both the appeal and cross-appeal. Nonetheless, he varied Perell J.'s order to give effect to the Independent Counsel's submissions on the notice program (that it should be administered by the Chief Adjudicator) and on the inclusion of the ADR documents.

[22] Regarding the appeal, the majority concluded that the IAP Documents may be archived with the consent of the claimant alone. Schedule D of the IRSSA gives claimants the option of having a transcript from their hearing deposited in an archive for that purpose. The IRSSA permits survivors to disclose their own experiences, despite any claims that others may make with respect to confidentiality and privacy. Requiring consent of other "individuals affected" for archiving of the IAP Documents would "eviscerate" claimants' IRSSA rights to disclose their complaints, to have their evidence archived only with their consent, and to exercise control over their IAP Documents (paras. 111 and 114; Sch. N, art. 11). "By allowing claimants to archive their

(2) Cour d'appel de l'Ontario — 2016 ONCA 241, 130 O.R. (3d) 1

[20] En appel, la congrégation des Sisters of St. Joseph of Sault Ste. Marie, les vingt-deux entités catholiques et les neuf entités catholiques ont prétendu, avec l'appui des avocats indépendants, que la CRRPI prévoit expressément que l'archivage nécessite *leur* consentement, et non pas uniquement celui d'un demandeur. Le Canada, en appel incident, soutenu par la CVR et le CNVR, a fait valoir que les documents du PÉI relèvent de lui, et qu'ils sont donc soumis aux lois fédérales en matière de protection des renseignements personnels, d'accès à l'information et d'archivage. En plus d'appuyer l'argument des entités catholiques concernant le consentement, les avocats indépendants ont plaidé que le programme de notification ne devrait pas être dirigé par la CVR ou le CNVR, mais plutôt par l'adjudicateur en chef. De plus, la période de conservation des documents du PÉI devrait, selon eux, durer 2 ans plutôt que 15. Enfin, l'ordonnance de destruction devrait à leur avis viser les documents du MARC.

[21] S'exprimant au nom de la majorité, le juge en chef Strathy a rejeté tant l'appel que l'appel incident. Il a néanmoins modifié l'ordonnance du juge Perell pour donner effet aux arguments des avocats indépendants concernant le programme de notification (à savoir qu'il devrait être administré par l'adjudicateur en chef) et l'inclusion des documents issus du MARC.

[22] En ce qui concerne l'appel, les juges majoritaires ont conclu que les documents du PÉI pouvaient être archivés avec le seul consentement du demandeur. L'annexe D de la CRRPI offre aux demandeurs la possibilité de faire déposer la transcription de l'audience les concernant dans une archive créée à cette fin. La CRRPI permet aux survivants de communiquer leurs propres expériences en dépit de toute prétention d'autres personnes en matière de confidentialité et de vie privée. Exiger le consentement d'autres « intéressés » pour archiver les documents du PÉI [TRADUCTION] « viderait de sa substance » le droit que la CRRPI confère aux demandeurs de communiquer leurs plaintes, de voir leur témoignage archivé uniquement avec leur

IAP transcripts, the IRSSA merely provides claimants with an alternative and expeditious means of preserving their stories as part of the TRC process” (para. 120).

[23] The majority further concluded the notice plan fell within the supervising judge’s administrative discretion, as it was not a material amendment to the IRSSA. Schedule D expressly contemplates that claimants “will . . . be given the option of having the transcript deposited in an archive developed for the purpose”. “[T]he IRSSA gives claimants the right to obtain their IAP documents and a transcript of their evidence, and the right to deposit that material in the institution created to preserve the history of the abuses of residential schools, the NCTR” (para. 126). The notice program does not add to or detract from this right; “it merely ensures that claimants are aware of it and able to exercise it” (para. 127).

[24] On the cross-appeal, the majority found that the IAP Documents are not government records and thus are not subject to the *Library and Archives of Canada Act*; accordingly, “disposal or destruction of the documents is not prohibited by law” (para. 77). “[W]hether the IAP documents are government records . . . turns on whether they are under the control of a government institution” (para. 141). Here, the IAP was not a federal government program. Rather, it was the product of a court-approved settlement. The AANDC, a listed government institution, did not control the IAP Documents through either the Secretariat or the SAO. The Secretariat, which administers the IAP, is independent from AANDC and comes under the direction of the Chief Adjudicator, and therefore the control of the Chief Adjudicator. While the SAO is part of the AANDC, it was a litigant in the IAP, representing Canada at the IAP hearings. Accordingly, the SAO’s possession and use of the IAP Documents was limited to the purposes for which they were provided. It follows that

consentement et d’exercer un contrôle sur leurs documents du PÉI (par. 111 et 114; ann. N, art. 11). « En permettant que les demandeurs fassent archiver la transcription des audiences du PÉI les concernant, la CRRPI ne fait que fournir à ceux-ci un autre moyen, expéditif, de préserver leurs récits dans le cadre du processus mené par la CVR » (par. 120).

[23] Les juges majoritaires ont en outre conclu que le programme de notification relevait du pouvoir discrétionnaire administratif du juge surveillant, car il ne s’agissait pas d’une modification importante de la CRRPI. L’annexe D prévoit expressément que les demandeurs « pourront [. . .] choisir de faire déposer la transcription dans une archive créée à cette fin ». [TRADUCTION] « [L]a CRRPI accorde aux demandeurs le droit d’obtenir leurs documents du PÉI et la transcription de leur témoignage ainsi que le droit de déposer ces documents auprès de l’institution créée pour préserver l’histoire des sévices commis dans les pensionnats, le CNVR » (par. 126). Le programme de notification n’ajoute rien ni n’enlève quoi que ce soit à ce droit; « il vise simplement à faire en sorte que les demandeurs soient au courant de son existence et en mesure de l’exercer » (par. 127).

[24] Pour ce qui est de l’appel incident, les juges majoritaires ont conclu que les documents du PÉI ne sont pas des documents fédéraux et ne sont donc pas assujettis à la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*; en conséquence, à leur avis, [TRADUCTION] « l’aliénation ou l’élimination des documents n’est pas prohibée par la loi » (par. 77). « [P]our répondre à la question de savoir si les documents du PÉI sont des documents fédéraux [. . .], il faut vérifier s’ils relèvent d’une institution fédérale » (par. 141). En l’espèce, le PÉI n’était pas un programme du gouvernement fédéral. Il procédait plutôt d’un règlement approuvé par un tribunal. AADNC, une institution fédérale désignée, n’exerçait pas, par l’intermédiaire du Secrétariat ou de la DGOOCR, de contrôle sur les documents du PÉI. Le Secrétariat, qui administre le PÉI, est un organisme indépendant d’AADNC sous l’autorité de l’adjudicateur en chef — et qui relève donc de lui. Bien qu’elle fasse partie d’AADNC, la DGOOCR a pris part au PÉI en tant que partie et elle a représenté le Canada pendant

it did not control them. Strathy C.J. also held that while “the implied undertaking rule is not a precise fit for the IAP documents”, the rationale underlying the rule is, given the nature of these documents, “a harmonious exercise of the court’s inherent jurisdiction” (para. 183). The SAO could only use the IAP Documents for the purpose of the IAP process, and its possession was always constrained by the court’s inherent jurisdiction and the principle underlying the implied undertaking rule. Thus, this reaffirms that the IAP Documents were not under the control of the SAO.

[25] The majority further found the supervising judge’s order regarding destruction of all the IAP Documents (other than those in the claimants’ possession or archived with their consent) after a 15-year retention period was reasonable. The IRSSA was silent on the disposition of the documents, and the supervising judge was entitled to fill this “gap” by exercising his supervisory authority over the class action (para. 205). As the supervising judge found, “near to absolute confidentiality was a necessary aspect of the IAP” (para. 209). The mere fact that Sch. D did not require Canada to destroy the applications immediately upon conclusion of a given claim does not imply or import a right to retain all the IAP Documents forever. The public record — that is, “the history of residential school and the stories of survivors who have willingly shared them” — will still be preserved through the work of the TRC (para. 219).

[26] The majority, nevertheless, found it was unreasonable for the supervising judge to have ordered the TRC and NCTR to conduct the notice program, and varied the order to direct that it be conducted

les audiences tenues dans le cadre de ce processus. La DGOOCR pouvait donc garder en sa possession et utiliser les documents du PÉI uniquement aux fins pour lesquelles ils lui avaient été fournis. Il s’ensuit que ceux-ci ne relevaient pas d’elle. Le juge en chef Strathy a aussi conclu que, bien que « la règle de l’engagement implicite ne soit pas parfaitement adaptée aux documents du PÉI », le raisonnement qui sous-tend la règle permet, compte tenu de la nature des documents en question, « un exercice harmonieux de la compétence inhérente du tribunal » (par. 183). La DGOOCR pouvait utiliser les documents du PÉI uniquement pour les besoins de ce processus, et la possession qu’elle avait de ceux-ci était toujours assujettie à la compétence inhérente du tribunal et au principe sur lequel repose la règle de l’engagement implicite. Cela confirme donc que les documents du PÉI ne relevaient pas de la DGOOCR.

[25] Les juges majoritaires ont en outre conclu que l’ordonnance du juge surveillant concernant la destruction de tous les documents du PÉI (autres que ceux en la possession des demandeurs ou archivés avec leur consentement) après une période de conservation de 15 ans était raisonnable. La CRRPI était muette sur la question du sort final réservé à ces documents, et le juge surveillant était en droit de combler cette [TRADUCTION] « lacune » en exerçant son pouvoir de surveillance sur le recours collectif (par. 205). Comme l’a conclu le juge surveillant, « la confidentialité quasi absolue était un élément nécessaire du PÉI » (par. 209). Le simple fait que l’ann. D n’exigeait pas que le Canada détruise les demandes immédiatement après le règlement d’une demande ne suppose pas l’existence d’un droit de conserver à perpétuité tous les documents du PÉI ni n’introduit un tel droit. Le dossier public — à savoir « l’histoire des pensionnats et les récits des survivants qui les ont volontairement communiqués » — continuera d’être préservé par l’entremise des travaux de la CVR (par. 219).

[26] La cour, à la majorité, a néanmoins conclu qu’il était déraisonnable que le juge surveillant ordonne à la CVR et au CNVR de diriger le programme de notification, et elle a modifié l’ordonnance de

by the Chief Adjudicator. Furthermore, the majority varied the order to include the ADR documents.

[27] Justice Sharpe, while agreeing that the appeal should be dismissed, would have allowed the cross-appeal on the ground that the IAP Documents are “government records” (para. 250) which, as such, cannot be destroyed. The SAO is a government institution that has physical possession of copies of the IAP Documents in its capacity as the department of government responsible for carrying out Canada’s functions as a defendant in the IAP. This amounts to government control. The legal doctrines relied on by the supervising judge — the implied undertaking rule and breach of confidence — therefore have no application, and do not affect the status of the IAP Documents as government records. Resort should not been had “to a residual, discretionary and exceptional doctrine to justify the destruction of decisions that are central to the legitimacy of the very process the court is administering” (para. 290).

[28] Justice Sharpe also found that express language in the IRSSA shows that the parties intended that the IAP Documents would be archived. Schedule D, App. II, item (iv) provides that copies of applications “other than those held by the Government will be destroyed”. Appendix B of the Guide to the Independent Assessment Process Application (2013) (online) provides that only the National Archivist can destroy government records. The Guide states that personal information will be handled in accordance with the *Access to Information Act* and *Privacy Act*. In the result, assurances of confidentiality, relied upon by the supervising judge, cannot justify the exclusion of documents from the statutory scheme. IAP adjudicators could not promise that the laws of Canada would not apply, and Canada could not promise a level of confidentiality that would take the IAP Documents outside the reach of the legislation.

façon à prévoir qu’il serait dirigé par l’adjudicateur en chef. Elle a aussi modifié l’ordonnance de manière à ce que les documents du MARC soient également visés.

[27] Tout en souscrivant à l’opinion selon laquelle l’appel devait être rejeté, le juge Sharpe aurait accueilli l’appel incident au motif que les documents du PÉI sont des [TRADUCTION] « documents fédéraux » (par. 250) qui, à ce titre, ne peuvent être détruits. La DGOGR est, selon lui, une institution fédérale ayant la possession matérielle de copies des documents du PÉI en tant que division du gouvernement chargée de s’acquitter des fonctions du Canada à titre de partie défenderesse dans le PÉI, ce qui équivaut à un contrôle gouvernemental. Les principes juridiques sur lesquels s’est appuyé le juge surveillant — la règle de l’engagement implicite et l’abus de confiance — ne s’appliquent donc pas et n’ont pas d’incidence sur le statut de documents fédéraux des documents du PÉI. Il n’y avait pas lieu, à son avis, de s’appuyer sur « un principe résiduel discrétionnaire et exceptionnel pour justifier la destruction de décisions essentielles à la légitimité du processus même que le tribunal administre » (par. 290).

[28] Le juge Sharpe a également conclu que les termes exprès utilisés dans la CRRPI montrent que les parties ont voulu que les documents du PÉI soient archivés. L’annexe D prévoit, au point iv) de l’ann. II, que les copies des demandes « autres que celles en possession du gouvernement seront détruites ». L’annexe B du Guide pour le formulaire d’application au Processus d’évaluation indépendant (2013) (en ligne; ci-après le « Guide relatif au PÉI » ou le « Guide ») prévoit que seul l’archiviste national peut détruire des documents fédéraux. Le Guide prévoit aussi que les renseignements personnels seront traités conformément à la *Loi sur l’accès à l’information* et à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Par conséquent, les assurances de confidentialité sur lesquelles s’est appuyé le juge surveillant ne peuvent justifier de soustraire des documents au régime législatif. Les adjudicateurs du PÉI ne pouvaient promettre que les lois du Canada ne s’appliqueraient pas, et le Canada ne pouvait promettre un niveau de confidentialité qui aurait pour effet de soustraire les documents du PÉI à l’application de la loi.

### III. Analysis

#### A. *The Supervising Judge's Jurisdiction to Make the Order*

[29] At its core, this appeal concerns an order made by the supervising judge regarding what was to be done with the IAP Documents under the terms of the IRSSA. The first question before this Court is therefore whether the supervising judge had authority to make that order. This question is distinct from the appropriateness of the order.

[30] Canada argues that the IAP Documents currently in the possession of the SAO and the Secretariat are “under the control of a government institution”, within the meaning of the *Access to Information Act*, the *Privacy Act*, and the *Library and Archives of Canada Act*. Broadly speaking, these statutes regulate the retention, disclosure, and eventual archiving of records that are under the control of federal government institutions. In Canada's view, the supervising judge had no jurisdiction to order destruction of the IAP Documents, because s. 12 of the *Library and Archives of Canada Act* provides that “[n]o government or ministerial record . . . shall be disposed of, including by being destroyed, without the written consent of the Librarian and Archivist or of a person to whom the Librarian and Archivist has, in writing, delegated the power to give such consents.” In other words, Canada's position is that, given the government's putative “control” over these documents, the Librarian and Archivist of Canada (or his or her delegate) alone has authority over the disposition of the IAP Documents retained by the SAO and the Secretariat, and so the supervising judge could not order their destruction.

[31] As we have already noted, nine provincial and territorial superior courts certified the class action and approved the IRSSA (see, e.g., *Baxter*). Judges of these courts were designated as supervising judges, and play a vital role under the IRSSA. Supervising judges, significantly, have *administrative and supervisory jurisdiction* over the implementation and administration of the IRSSA and can, among other things, hear requests for directions. If,

### III. Analyse

#### A. *Le pouvoir du juge surveillant de rendre l'ordonnance*

[29] Pour l'essentiel, le présent pourvoi porte sur une ordonnance rendue par le juge surveillant quant à ce qu'il convenait de faire des documents du PÉI aux termes de la CRRPI. La première question dont la Cour est saisie est donc celle de savoir si le juge surveillant avait le pouvoir de rendre cette ordonnance. Cette question se distingue de celle du caractère approprié de l'ordonnance.

[30] Le Canada soutient que les documents du PÉI actuellement en la possession de la DGOOCR et du Secrétariat « relèvent d'une institution fédérale » au sens de la *Loi sur l'accès à l'information*, de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*. De façon générale, ces lois régissent la conservation, la communication et l'archivage ultérieur des documents qui relèvent d'institutions fédérales. Selon le Canada, le juge surveillant n'avait pas compétence pour ordonner la destruction des documents du PÉI parce que l'art. 12 de la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada* dispose que « [l']élimination ou l'aliénation des documents fédéraux ou ministériels [. . .] est subordonnée à l'autorisation écrite de l'administrateur général ou de la personne à qui il a délégué, par écrit, ce pouvoir. » En d'autres mots, le Canada est d'avis qu'en raison du « contrôle » présumé du gouvernement à l'égard de ces documents, seul l'administrateur général (ou son délégué) a compétence pour décider du sort final des documents du PÉI conservés par la DGOOCR et le Secrétariat, de sorte que le juge surveillant ne pouvait ordonner leur destruction.

[31] Comme nous l'avons déjà mentionné, neuf cours supérieures provinciales et territoriales ont autorisé le recours collectif et approuvé la CRRPI (voir, p. ex., *Baxter*). Des juges de ces tribunaux ont été nommés en tant que juges surveillants et jouent un rôle vital dans la CRRPI. Fait important, les juges surveillants ont un *pouvoir administratif et de surveillance* en ce qui concerne la mise en œuvre et l'administration de la CRRPI, et ils peuvent

therefore, the proper administration and implementation of the IRSSA necessitates direction on the handling of the IAP Documents, supervising judges are empowered to give that direction.

[32] These broad powers are conferred upon supervising judges by the orders which approved and implemented the IRSSA (see, e.g., supervising judge's reasons, at paras. 157-59). They are also supported by class action legislation, which provides that courts must have generous discretion to make orders and impose terms as necessary to ensure a fair and expeditious resolution of class actions (see, e.g., *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, s. 12; *Endean v. British Columbia*, 2016 SCC 42, [2016] 2 S.C.R. 162, at para. 38). It follows, particularly given the nature of the IAP and the IAP Documents, that the supervisory role in implementing the terms of the IRSSA included making directions regarding disposition of the IAP Documents at the conclusion of the IAP.

[33] This supervisory role, moreover, existed irrespective of whether the IAP Documents are “under the control of a government institution” within the meaning of the *Library and Archives of Canada Act* and other relevant federal legislation (*Library and Archives of Canada Act*, ss. 2 and 12; *Privacy Act*, ss. 7 to 10 and 12; *Access to Information Act*, s. 4). Further, in any instance where the scope of superior courts' powers granted by class action legislation does not expressly contemplate certain supervisory functions, superior courts retain residual supervisory powers under their inherent jurisdiction. Removing the inherent jurisdiction of superior courts requires “clear and precise statutory language” (*R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, at para. 133; see also *Endean*, at paras. 24, 56 and 60). It is far from clear that the express language of s. 12 of the *Library and Archives of Canada Act* is directed at limiting the inherent jurisdiction of superior courts, or their supervisory jurisdiction over class actions. The *Library and Archives of Canada Act* does not mandate the retention of government records, nor does it prevent

notamment entendre des demandes de directives. Si, par conséquent, pour la bonne administration et la mise en œuvre de la CRRPI, il est nécessaire d'obtenir des directives sur le traitement des documents du PÉI, les juges surveillants ont le pouvoir d'en donner.

[32] Ces vastes pouvoirs sont conférés aux juges surveillants par les ordonnances qui ont approuvé et mis en œuvre la CRRPI (voir, p. ex., les motifs du juge surveillant, par. 157-159). Ils trouvent aussi appui dans les lois relatives aux recours collectifs, lesquelles prévoient que les tribunaux doivent disposer d'un vaste pouvoir discrétionnaire qui leur permette, au besoin, de rendre des ordonnances et d'imposer des conditions afin de parvenir à un règlement juste et expéditif des recours collectifs (voir, p. ex., *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6, art. 12; *Endean c. Colombie-Britannique*, 2016 CSC 42, [2016] 2 R.C.S. 162, par. 38). En conséquence, compte tenu en particulier de la nature du PÉI et des documents issus de ce processus, le rôle de surveillance dans la mise en œuvre des dispositions de la CRRPI comprenait le pouvoir de donner des directives sur le sort final des documents du PÉI à la fin du PÉI.

[33] De plus, ce rôle de surveillance existe que les documents du PÉI « relèvent » ou non « d'une institution fédérale » au sens de la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada* et d'autres lois fédérales pertinentes (*Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*, art. 2 et 12; *Loi sur la protection des renseignements personnels*, art. 7 à 10 et 12; *Loi sur l'accès à l'information*, art. 4). En outre, dans tous les cas où l'étendue des pouvoirs que confèrent les lois relatives aux recours collectifs aux cours supérieures n'envisage pas expressément certaines fonctions de surveillance, les cours supérieures conservent des pouvoirs de surveillance résiduels en vertu de leur compétence inhérente. La compétence inhérente des cours supérieures ne peut être abolie que par « un texte législatif clair et précis » (*R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, par. 133; voir aussi *Endean*, par. 24, 56 et 60). Il est loin d'être clair que le libellé exprès de l'art. 12 de la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada* vise à limiter la compétence inhérente des cours supérieures ou leur pouvoir de surveillance à l'égard des recours



the courts from making orders regarding the disposition of government records. In sum, the supervising judge correctly found that he had authority to make orders as to the disposition of the IAP Documents.

[34] In light of this conclusion, it is unnecessary to determine whether the IAP Documents are under the control of a government institution, as Canada argues. The courts' supervisory role in implementing the IRSSA allows them to make orders regarding the disposition of the IAP Documents regardless of whether or not they are government records. We therefore turn to consider the basis for the supervising judge's order itself — that is, his interpretation of the IRSSA — and whether, in light of that interpretation, the order for destruction of the IAP Documents was appropriate.

#### B. *The Supervising Judge's Order*

##### (1) Standard of Review

[35] The interpretation of the IRSSA is a question of mixed fact and law reviewable for palpable and overriding error. Contractual interpretation generally involves questions of mixed fact and law subject to appellate deference (*Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at paras. 50-51 and 55; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306, at para. 21). This rule is not absolute. It does not apply, for example, to the interpretation of a standard form contract, where its interpretation has precedential value, and there is no meaningful factual matrix specific to the particular parties to assist the interpretation process (*Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23, at para. 46). In our view, however, the general rule stated in *Sattva* applies here, such that the palpable and overriding error standard governs appellate review of the supervising judge's interpretation of the IRSSA. While the IRSSA undoubtedly has "very significant implications for Canada and our aboriginal

collectifs. *La Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada* n'impose pas la conservation des documents fédéraux et n'empêche pas non plus les tribunaux de rendre des ordonnances sur le sort final de ceux-ci. En résumé, le juge surveillant a conclu à bon droit qu'il avait le pouvoir de rendre des ordonnances sur le sort final des documents issus du PÉI.

[34] À la lumière de cette conclusion, il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si les documents issus du PÉI relèvent d'une institution fédérale, comme le soutient le Canada. Le rôle de surveillance des tribunaux dans la mise en œuvre de la CRRPI permet à ceux-ci de rendre des ordonnances sur le sort final des documents du PÉI, que ces documents constituent ou non des documents fédéraux. Nous examinerons donc le fondement sur lequel repose l'ordonnance même du juge surveillant — c'est-à-dire, son interprétation de la CRRPI — et la question de savoir si, compte tenu de cette interprétation, l'ordonnance de destruction des documents du PÉI était appropriée.

#### B. *L'ordonnance du juge surveillant*

##### (1) Norme de contrôle

[35] L'interprétation de la CRRPI est une question mixte de fait et de droit assujettie à la norme de contrôle de l'erreur manifeste et dominante. L'interprétation contractuelle soulève généralement des questions mixtes de fait et de droit qui commandent la déférence en appel (*Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, par. 50-51 et 55; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306, par. 21). Cette règle n'est pas absolue. Elle ne s'applique pas, par exemple, à l'interprétation d'un contrat type lorsque celle-ci a valeur de précédent, et que l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif propre aux parties concernées (*Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23, par. 46). À notre avis, cependant, la règle générale énoncée dans *Sattva* s'applique en l'espèce, de sorte que la norme de l'erreur manifeste et dominante régit le contrôle en appel de l'interprétation, par le juge surveillant, de la CRRPI. Même s'il ne fait aucun doute que la

peoples” (C.A. reasons, at para. 294), it is at root a contract, the meaning of which depends on the objective intentions of the parties. As the majority at the Court of Appeal observed, the question of impact is distinct from precedential value. While the supervising judge’s interpretation of the IRSSA will impact thousands of IAP claimants, it will have no significant precedential value outside of the IAP due to the IRSSA’s *sui generis* nature. And, as shall become apparent below, the factual matrix looms large in ascertaining the meaning of this particular contract.

[36] As for the supervising judge’s decision to order destruction of the IAP Documents held by Canada following a 15-year retention period, a deferential standard is also appropriate. As explained above, supervisory courts have wide discretion to make appropriate orders to ensure the fair and expeditious determination of class proceedings. Such decisions are afforded deference on review (*Lavier v. MyTravel Canada Holidays Inc.*, 2013 ONCA 92, 359 D.L.R. (4th) 713, at para. 20). As regards the exercise of discretion, “[a]ppellate intervention is warranted only if the judge has clearly misdirected himself or herself on the facts or the law, proceeded arbitrarily, or if the decision is so clearly wrong as to amount to an injustice” (*P. (W.) v. Alberta*, 2014 ABCA 404, 378 D.L.R. (4th) 629, at para. 15; *Balogun v. Pandher*, 2010 ABCA 40, 474 A.R. 258, at para. 7). As this Court has said, where the judge at first instance has given sufficient weight to all relevant considerations and the exercise of discretion is not based on an erroneous principle, appellate reviewers must generally defer (*Canadian Imperial Bank of Commerce v. Green*, 2015 SCC 60, [2015] 3 S.C.R. 801, at para. 95; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, at p. 404; *Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v. Jodoin*, 2017 SCC 26, [2017] 1 S.C.R. 478, at para. 52).

CRRPI a [TRADUCTION] « des répercussions très importantes sur le Canada et les peuples autochtones » (motifs de la C.A., par. 294), il s’agit à la base d’un contrat dont le sens dépend des intentions objectives des parties. Comme l’ont souligné les juges majoritaires de la Cour d’appel, la question de l’incidence est distincte de celle de la valeur de précédent. Bien que l’interprétation de la CRRPI faite par le juge surveillant aura des répercussions sur des milliers de demandeurs du PÉI, elle n’aura pas de grande valeur comme précédent en dehors de ce processus, en raison du caractère *sui generis* de la CRRPI. Et, comme nous pourrons le constater ci-après, le fondement factuel occupe une place importante dans l’interprétation de ce contrat particulier.

[36] Quant à la décision du juge surveillant d’ordonner la destruction des documents du PÉI en la possession du Canada à l’issue d’une période de conservation de 15 ans, il convient également d’appliquer une norme déferente. Comme nous l’avons expliqué précédemment, les tribunaux de surveillance disposent d’un vaste pouvoir discrétionnaire de rendre les ordonnances appropriées pour assurer le règlement juste et expéditif des recours collectifs. Pareilles décisions commandent la déférence lors d’un contrôle (*Lavier c. MyTravel Canada Holidays Inc.*, 2013 ONCA 92, 359 D.L.R. (4th) 713, par. 20). Pour ce qui est de l’exercice du pouvoir discrétionnaire, [TRADUCTION] « [u]ne cour d’appel n’est justifiée d’intervenir que si le juge s’est clairement fondé sur des considérations erronées en ce qui concerne les faits ou le droit, a agi de façon arbitraire ou a rendu une décision erronée au point de créer une injustice » (*P. (W.) c. Alberta*, 2014 ABCA 404, 378 D.L.R. (4th) 629, par. 15; *Balogun c. Pandher*, 2010 ABCA 40, 474 A.R. 258, par. 7). Comme l’a affirmé notre Cour, lorsque le juge de première instance a accordé suffisamment d’importance à toutes les considérations pertinentes et que l’exercice de son pouvoir discrétionnaire n’est pas fondé sur un principe erroné, les tribunaux chargés du contrôle en appel doivent en général faire preuve de déférence (*Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Green*, 2015 CSC 60, [2015] 3 R.C.S. 801, par. 95; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, p. 404; *Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin*, 2017 CSC 26, [2017] 1 R.C.S. 478, par. 52).

(2) Does the Supervising Judge’s Interpretation of the IRSSA Warrant Appellate Intervention?

[37] Interpretation of written contractual provisions must be grounded in the text and read in light of the entire contract (*Sattva*, at para. 57, relying on G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2nd ed. 2012), at pp. 15 and 30-32). Surrounding circumstances, including “knowledge that was or reasonably ought to have been within the knowledge of both parties at or before the date of contracting”, may be considered in interpreting the terms of a contract, although they may not overwhelm the contract’s express words (*Sattva*, at para. 58).

(a) *The Text of the IRSSA*

[38] The supervising judge concluded that the express terms of the IRSSA provided that the IAP Documents “would be treated as highly confidential but subject to the very limited prospect of disclosure during a retention period and then the documents, including Canada’s copies, would be destroyed” (para. 322).

[39] The preamble to the IRSSA states that it aims to provide “a fair, comprehensive and lasting resolution of the legacy of Indian Residential Schools” and to promote “healing, education, truth and reconciliation and commemoration”. There are several main components to the IRSSA, including provisions bearing on the IAP (in Sch. D) and on the TRC (in Sch. N). Schedule D requires hearing participants to sign confidentiality agreements, confirming that the evidence disclosed is confidential. While Sch. D does not expressly state whether federal legislation will apply to documents created or uncovered by the IAP, it does refer to the intended treatment of various types of information and documents:

(1) Article III(o) restricts disclosure of information from hearings and the use of audio recordings and transcripts, subject to the

(2) L’interprétation donnée à la CRRPI par le juge surveillant justifie-t-elle une intervention en appel?

[37] Les dispositions d’un contrat écrit doivent être interprétées sur le fondement de leur libellé et de l’ensemble du contrat (*Sattva*, par. 57, citant G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2<sup>e</sup> éd. 2012), p. 15 et 30-32). Les circonstances pertinentes, y compris « les renseignements qui appartenaient ou auraient raisonnablement dû appartenir aux connaissances des deux parties à la date de signature ou avant celle-ci », peuvent être prises en considération dans l’interprétation des termes d’un contrat, bien qu’elles ne doivent pas en supplanter les termes exprès (*Sattva*, par. 58).

a) *Le texte de la CRRPI*

[38] Le juge surveillant a conclu que, selon les termes exprès de la CRRPI, les documents du PÉI [TRADUCTION] « seraient traités comme des documents hautement confidentiels, sous réserve d’une possibilité très limitée de communication au cours d’une période de conservation, après quoi les documents, y compris les copies du Canada, seraient détruits » (par. 322).

[39] Le préambule de la CRRPI dispose que la convention vise à « résoudre pour de bon et de manière juste et globale les séquelles laissées par les pensionnats indiens » et à promouvoir « la guérison, l’éducation, la vérité, la réconciliation et la commémoration ». La CRRPI comporte plusieurs éléments principaux, notamment des dispositions relatives au PÉI (à l’ann. D) et à la CVR (à l’ann. N). L’annexe D exige des participants à l’audience qu’ils signent des ententes de confidentialité, lesquelles confirment le caractère confidentiel de la preuve communiquée. Bien qu’elle ne précise pas si les lois fédérales s’appliqueront aux documents créés ou mis au jour dans le cadre du PÉI, l’ann. D fait état du traitement prévu des différents types de renseignements et de documents :

(1) L’article III(o) limite la communication des renseignements recueillis lors des audiences et l’utilisation des enregistrements sonores

claimant's option to deposit the transcript in an archive:

et des transcriptions, sauf que le demandeur peut choisir de déposer la transcription dans une archive :

#### **o. Privacy**

- i. Hearings are closed to the public. Parties, an alleged perpetrator and other witnesses are required to sign agreements to keep information disclosed at a hearing confidential, except their own evidence, or as required within this process or otherwise by law. Claimants will receive a copy of the decision, redacted to remove identifying information about any alleged perpetrators, and are free to discuss the outcome of their hearing, including the amount of any compensation they are awarded.
  - ii. Adjudicators may require a transcript to facilitate report writing, especially since they are conducting questioning. A transcript will also be needed for a review, if requested. Proceedings will be recorded and will be transcribed for these purposes, as well as if a Claimant requests a copy of their own evidence for memorialization. Claimants will also be given the option of having the transcript deposited in an archive developed for the purpose.
- (2) Appendix II, item (i) requires claimants to sign a declaration which includes confidentiality provisions as part of their application form:
- i. The Secretariat will admit claims to the IAP as of right where the application is complete and sets out allegations which if proven would constitute one or more continuing claims, and where the Claimant has signed the Declaration set out in the application form, including the confidentiality provisions in the Declaration.
- (3) Appendix II, item (iv) restricts the use of IAP applications:
- iv. The following conditions apply to the provision of the application to the Government or a church entity:

#### **o. Confidentialité**

- i. Les auditions se tiennent à huis clos. Les parties, l'auteur allégué et les autres témoins doivent signer un engagement de garder confidentielle l'information qui sera dévoilée lors de l'audition, sauf leur propre témoignage, ou selon ce qui est prévu au PEI ou autrement par la loi. Les demandeurs recevront une copie de la décision, rédigée de façon à exclure les renseignements identificateurs concernant les auteurs allégués, et sont libres de discuter de l'issue de leur audition, y compris le montant de toute indemnité qui leur a été accordée.
  - ii. Les adjudicateurs peuvent avoir besoin d'une transcription pour faciliter la rédaction de leur rapport, d'autant plus qu'ils interrogent eux-mêmes les témoins. Une transcription sera aussi nécessaire dans le cas d'une demande de révision. Pour ces raisons, et au cas où un demandeur veut obtenir une copie de son témoignage pour se le remémorer, l'audition sera enregistrée et transcrite. Les demandeurs pourront aussi choisir de faire déposer la transcription dans une archive créée à cette fin.
- (2) L'annexe II, au point i), oblige le demandeur à signer une déclaration jointe à son formulaire de demande, déclaration dans laquelle figurent des dispositions relatives à la confidentialité :
- i) Le Secrétariat admettra de plein droit une demande au PEI lorsque celle-ci est complète et décrit les allégations qui constitueraient, si elles étaient prouvées, une ou plusieurs demandes continues et lorsque le demandeur a signé la déclaration jointe au formulaire de demande, y compris les dispositions concernant la confidentialité de la déclaration.
- (3) L'annexe II, au point iv), restreint l'utilisation des demandes présentées dans le cadre du PÉI :
- iv) Les conditions suivantes s'appliquent à la transmission de la demande au gouvernement ou à une entité religieuse :

- The application will only be shared with those who need to see it to assist the Government with its defence, or to assist the church entities with their ability to defend the claim or in connection with their insurance coverage;
- . . .
- Copies will be made only where absolutely necessary, and all copies other than those held by the Government will be destroyed on the conclusion of the matter, unless the Claimant asks that others retain a copy, or unless counsel for a party is required to retain such copy to comply with his or her professional obligations.
- (4) Appendix VII imposes document production requirements upon claimants upon filing an IAP application and upon the claimant having been accepted into the IAP. Specifically, the claimant must produce (or explain the absence of) documents to prove elevated levels of consequential harm and loss of opportunity. These documents may include records relating to treatment, corrections, tax, and education, as well as workers' compensation records.
- (5) Appendix VIII imposes document production requirements upon the federal government. It must seek, collect and report the dates a claimant attended a residential school, and must report on the persons named in the application as having abused the claimant. Claimants have a right to request copies of documents containing this information, although information about other persons named in the documents (other than alleged perpetrators) are to be "blacked out . . . as required by the Privacy Act". This is the lone express reference, within Sch. D, to the *Privacy Act* or related federal legislation.
- La demande sera uniquement dévoilée aux personnes qui doivent la voir pour aider le gouvernement à établir sa défense ou pour aider les entités religieuses à se défendre ou en rapport avec leur couverture d'assurance.
- . . .
- Des copies seront faites uniquement lorsque absolument nécessaire et toutes les copies autres que celles en possession du gouvernement seront détruites à la conclusion de l'affaire, à moins que le demandeur demande que d'autres personnes conservent une copie ou que l'avocat d'une partie soit obligé de conserver une copie afin de respecter ses obligations professionnelles.
- (4) L'annexe VII impose des conditions relatives à la production de documents après le dépôt d'une demande dans le cadre du PÉI et l'acceptation du demandeur dans ce processus. Plus précisément, le demandeur doit produire des documents (ou en expliquer l'absence) pour prouver les préjudices subis et les pertes d'occasion de niveaux élevés. Ces documents peuvent inclure des dossiers concernant les traitements, les services correctionnels, l'impôt et l'éducation, ainsi que des dossiers d'indemnisation des accidents du travail.
- (5) L'annexe VIII impose des conditions relatives à la production de documents au gouvernement fédéral. Ce dernier doit rechercher, réunir et fournir un rapport établissant les dates auxquelles un demandeur a fréquenté un pensionnat; il doit également fournir un rapport sur les personnes nommées dans la demande comme personnes ayant infligé des sévices au demandeur. Les demandeurs ont le droit de demander des copies des documents contenant ces renseignements, mais l'information sur les autres personnes nommées dans les documents (autres que les auteurs présumés des abus) sera « rayée [. . .] tel que requis par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ». Il s'agit là de la seule référence expresse, à l'ann. D, à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ou à toute autre loi fédérale connexe.

[40] Schedule N of the IRSSA details the mandate and process of the TRC. It identifies the TRC's work as built on principles which include being "victim-centered", providing "confidentiality (if required by the former student)", and "do[ing] no harm". Generally, the TRC is tasked with creating a complete historical record of the residential schools system, and promoting awareness and public education of Canadians about the residential schools system and its impacts (Sch. N, art. 1).

[41] Another principle — that survivors' stories will be shared only when done so *voluntarily* — is frequently emphasized in Sch. N. Article 2(c) provides that the TRC cannot "compel . . . participation". Article 4(b) states that "the truth and reconciliation process is committed to the principle of voluntariness with respect to individuals' participation". Article 11 provides that, "[i]nsofar as agreed to by individuals affected and as permitted by process requirements, information from the [IAP] . . . may be transferred to the [TRC] for research and archiving purposes." Federal privacy, access to information, and archiving legislation are expressly stated to apply to records held by the TRC.

(b) *The Surrounding Circumstances*

[42] After an extensive review of the evidence submitted on the requests for directions, the supervising judge found that the negotiators of the IRSSA intended the IAP to be a confidential and private process, that claimants and alleged perpetrators relied on the confidentiality assurances and that, without such assurances, the IAP could not have functioned. In our view, these findings are not only free of palpable and overriding error, they are simply inescapable in light of the evidence submitted.

[43] The National Chief of the Assembly of First Nations at the time of the IRSSA's negotiation emphasized that strict confidentiality of the IAP was intended as part of the agreement so that "nobody

[40] L'annexe N de la CRRPI expose en détail le mandat et le processus de la CVR. Il y est précisé que les travaux de la CVR s'inspirent de certains principes, notamment ceux portant que le processus doit être « axé sur les victimes, confidentiel (à la demande de l'élève survivant) » et « ne pas blesser ». De façon générale, la CVR est chargée de créer un dossier historique complet sur le système des pensionnats, et de sensibiliser et d'éduquer le public canadien sur le système des pensionnats et ses répercussions (ann. N, art. 1).

[41] Un autre principe — selon lequel les récits des survivants ne seront communiqués que sur une base *volontaire* — revient souvent à l'ann. N. L'article 2c) dispose que la CVR ne saurait « contraindre [. . .] la participation ». L'article 4b) prévoit pour sa part que « le processus de vérité et de réconciliation repose sur le principe de la participation individuelle à titre strictement volontaire ». Quant à l'art. 11, on y lit que « [d]ans la mesure où en conviennent les intéressés, et sous réserve des exigences du processus, les informations provenant du [PÉI] [. . .] peuvent être transférées à la [CVR] à des fins de recherche et d'archivage. » Il est précisé que les lois fédérales en matière de protection des renseignements personnels, d'accès à l'information et d'archivage s'appliquent aux documents détenus par la CVR.

b) *Les circonstances pertinentes*

[42] Après un examen approfondi de la preuve présentée à l'égard des demandes de directives, le juge surveillant a conclu que les négociateurs de la CRRPI voulaient que le PÉI soit un processus confidentiel et privé, que les demandeurs et les auteurs présumés des actes reprochés se sont appuyés sur les assurances de confidentialité et que, sans ces assurances, le PÉI n'aurait pas pu fonctionner. À notre avis, ces conclusions ne sont pas seulement exemptes d'erreur manifeste et dominante; elles sont tout simplement inéluctables eu égard à la preuve soumise.

[43] Le chef national de l'Assemblée des Premières Nations à l'époque des négociations relatives à la CRRPI a insisté sur le fait que l'entente devait garantir la stricte confidentialité du PÉI, de sorte que

except the survivor would have access to the story of the survivor” (Affidavit of Larry Philip Fontaine, A.R., vol. IX, at p. 97). This view was echoed by IAP claimants who tendered affidavits attesting to their understanding that information disclosed within the IAP would not be shared outside of that process.

[44] Confidentiality was also crucial to the participation of the church defendants. For example, the Chancellor of the Archdiocese of Halifax-Yarmouth stated that the assurance of confidentiality of all the IAP Documents was a vital inducement to his archdiocese entering the agreement. The former General Superior of the Congregation of the Sisters of St. Joseph of Sault Ste. Marie emphasized that, by participating in the IAP, her congregation relinquished the right to seek to preserve its reputation and that of its members by challenging the allegations of accusers in court, adding that it would not have done so were there the slightest possibility that information disclosed within the IAP information could become public.

[45] There is also evidence that the IAP would not have achieved its purpose but for the promise of absolute confidentiality. The current Chief Adjudicator stated that confidentiality is a central concern to participants and is often the “key factor” in whether a claim proceeds (Affidavit of Daniel Shapiro, A.R., vol. III, at pp. 139-41). Claimants have said that they would not have participated in the IAP without assurances of complete confidentiality. This was confirmed by the director of Settlement Agreement Operations West, who stated that claimants were often reticent to disclose all allegations due to feelings of shame and embarrassment, and that those concerns were allayed by assurances of confidentiality (Affidavit of David Russell, A.R., vol. X, at pp. 74-75). Assurances of confidentiality were also important to securing the participation of alleged perpetrators in IAP claims (Affidavit of F. Mark Rowan, A.R., vol. IX, at pp. 101-3).

[TRADUCTION] « personne d’autre que le survivant n’aurait accès au récit de ce dernier » (affidavit de Larry Philip Fontaine, d.a., vol. IX, p. 97). Cette opinion a été reprise par les demandeurs du PÉI qui ont produit des affidavits attestant qu’ils comprenaient que les renseignements dévoilés dans le cadre du PÉI ne seraient pas communiqués en dehors de ce processus.

[44] La confidentialité a également constitué un élément crucial dans la participation des églises défenderesses. Par exemple, le chancelier de l’archidiocèse de Halifax-Yarmouth a déclaré que l’assurance de confidentialité de tous les documents du PÉI avait joué un rôle capital pour inciter l’archidiocèse à conclure la convention. L’ancienne supérieure générale de la congrégation des Sisters of St. Joseph of Sault Ste. Marie a souligné qu’en participant au PÉI, sa congrégation avait renoncé au droit de chercher à préserver sa réputation et celle de ses membres en contestant devant les tribunaux les allégations des accusateurs, ajoutant qu’elle ne l’aurait pas fait s’il y avait eu la moindre possibilité que l’information communiquée dans le cadre du PÉI puisse devenir publique.

[45] La preuve montre également que le PÉI n’aurait pas atteint son objectif n’eût été la promesse d’une confidentialité absolue. L’actuel adjudicateur en chef a déclaré que la confidentialité est au centre des préoccupations des participants et constitue souvent le [TRADUCTION] « facteur déterminant » dans la poursuite ou non d’une demande (affidavit de Daniel Shapiro, d.a., vol. III, p. 139-141). Les demandeurs ont dit qu’ils n’auraient pas participé au PÉI sans des assurances de confidentialité absolue. Cela a été confirmé par le directeur des Opérations de la Convention de règlement — Ouest, lequel a affirmé que les demandeurs étaient bien souvent réticents à révéler toutes leurs allégations en raison de la honte et de la gêne qu’ils ressentaient, et que ces préoccupations ont été dissipées par les assurances de confidentialité (affidavit de David Russell, d.a., vol. X, p. 74-75). Les assurances de confidentialité ont également joué un rôle important pour amener les auteurs présumés des actes reprochés à participer aux demandes présentées dans le cadre du PÉI (affidavit de F. Mark Rowan, d.a., vol. IX, p. 101-103).

[46] The high premium placed on confidentiality by the participants in the IAP becomes readily apparent when one considers the nature of the information disclosed during this process. As was made plain by the submissions of the Inuit Representatives before this Court, that information is — to put it mildly — of the most sensitive and private nature. As set out in art. II of Sch. D, the amount of compensation depends on the number of “Compensation Points” applicable to proven acts of abuse and the resulting harm that they establish. At the lower range of the spectrum of abuse are acts such as “One or more incidents of fondling or kissing”, and “One or more incidents of masturbation”. At the top of the table of compensable acts of abuse are “Repeated, persistent incidents of anal or vaginal intercourse” and “Repeated, persistent incidents of anal/vaginal penetration with an object”. The highest level of compensable harm is “Continued harm resulting in serious dysfunction”, which may be evidenced by “psychotic disorganization, loss of ego boundaries, personality disorders, pregnancy resulting from a defined sexual assault or the forced termination of such pregnancy or being required to place for adoption a child resulting therefrom, self-injury, suicidal tendencies, inability to form or maintain personal relationships, chronic post-traumatic state, sexual dysfunction, or eating disorders”. The lowest level of compensable harm under the IAP is “Modest Detrimental Impact” which is evidenced by “anxiety, nightmares, bed-wetting, aggression, panic states, hyper-vigilance, retaliatory rage, depression, humiliation, loss of self-esteem”. Additional compensation points can be allocated to proven harm if certain “Aggravating Factors” are present, such as humiliation or degradation.

[47] At the risk of understatement, the reluctance of claimants to undergo questioning by an adjudicator on these topics without assurances of absolute confidentiality is fully understandable. “Rarely, if

[46] La grande importance accordée à la confidentialité par les participants au PÉI devient évidente lorsqu’on tient compte de la nature des renseignements communiqués durant ce processus. Il ressort clairement des arguments présentés par les représentants des Inuits devant la Cour que ces renseignements sont — et c’est là un euphémisme — des plus délicats et privés. Comme il est indiqué à l’art. II de l’ann. D, le montant de l’indemnité dépend du nombre de « [p]oints d’indemnité » applicable aux actes d’abus prouvés et du préjudice qui est établi. Dans la partie inférieure du spectre des abus se trouvent les actes décrits comme « [u]n ou plusieurs incidents d’attouchement ou de baiser », ou encore « [u]n ou plusieurs incidents de masturbation ». Tout en haut du tableau des actes d’abus donnant droit à une indemnité figurent les « [i]ncidents répétés et persistants de rapports sexuels avec pénétration vaginale ou anale » et les « [i]ncidents répétés et persistants de pénétration vaginale ou anale à l’aide d’un objet ». Le niveau le plus élevé de préjudice donnant droit à une indemnité est celui du « [p]réjudice continu causant une dysfonction grave », qui peut se manifester par « une désorganisation psychotique, perte des limites de soi, troubles de la personnalité, grossesse résultant d’une agression sexuelle telle que définie par le PEI ou l’interruption forcée de telle grossesse ou l’obligation de donner en adoption l’enfant né suite à cette grossesse, l’automutilation, des tendances suicidaires, l’incapacité à établir ou à maintenir des relations interpersonnelles, un état post-traumatique chronique, une dysfonction sexuelle ou des troubles alimentaires ». Se trouvant au niveau le plus bas des préjudices donnant droit à une indemnité sous le régime du PÉI, l’« [i]mpact négatif léger » se manifeste par des périodes « d’anxiété, de cauchemars, d’énurésie, d’agressivité, d’états de panique, d’hypervigilance, de rage vengeresse, de dépression, d’humiliation, ou de perte d’estime de soi ». Des points d’indemnité additionnels peuvent être alloués à l’égard du préjudice prouvé si certains « [f]acteurs aggravants » sont présents, par exemple l’humiliation ou la dégradation.

[47] Le moins que l’on puisse dire, c’est que la réticence des demandeurs à se soumettre à l’interrogatoire d’un adjudicateur sur ces sujets sans des assurances de confidentialité absolue est parfaitement



ever, in Canadian history has such a broad range of extremely sensitive records been demanded from so many claimants as part of a class action suit or a comparable compensation or reparations inquiry” (Affidavit of David H. Flaherty, A.R., vol. IX, at p. 125). As explained by the Inuit Representatives, a dossier created in an IAP claim amounts to “a very dark and very partial biography” of a claimant’s life “from a very young age to the time of the hearing” (transcript, at p. 136). And, as the spectrum of actions and harms that we have just recounted should make excruciatingly clear, disclosure of information contained in the IAP Documents could be devastating to claimants, witnesses, and families. Further, disclosure could result in deep discord within the communities whose histories are intertwined with that of the residential schools system — a concern which was made plain in the evidence before the supervising judge:

According to AANDC data, approximately 32% of all claims include allegations of student-on-student abuse. Attached and marked as **Exhibit “B”** is a map obtained from the AANDC web-site, summarizing student-on-student claims to December 31, 2012. While the Secretariat and I take the confidentiality interests of all claimants and alleged perpetrators very seriously, the circumstances of student-on-student claims raise unique and heightened privacy and serious safety risks within First Nations communities if the confidential information were to be released, or even if there is a perception that the information *may* be released. It is not uncommon for such claims to be made against individuals from claimants’ own community. The potential for violence within communities and serious distress, including self-harm is heightened in these cases. [Underlining added.]

(Affidavit of Daniel Shapiro, at p. 141)

compréhensible. [TRADUCTION] « Rarement, voire jamais, dans l’histoire du Canada, une somme si considérable de documents extrêmement sensibles a-t-elle été exigée d’un si grand nombre de demandeurs dans le cadre d’un recours collectif ou d’une enquête comparable visant l’octroi d’une indemnisation ou d’une réparation » (affidavit de David H. Flaherty, d.a., vol. IX, p. 125). Comme l’ont expliqué les représentants des Inuits, un dossier créé dans le cadre d’une demande du PÉI s’apparente à [TRADUCTION] « une biographie très sombre et très partielle » de la vie d’un demandeur, « depuis sa tendre enfance jusqu’à la date de l’audience » (transcription, p. 136). De plus, comme le spectre des actes et des préjudices dont nous venons tout juste de parler le montre malheureusement de façon on ne peut plus claire, la communication des renseignements contenus dans les documents du PÉI pourrait être dévastatrice pour les demandeurs, les témoins et les familles. En outre, elle pourrait causer de profonds désaccords au sein des collectivités dont les histoires sont étroitement liées à celle du système des pensionnats — une inquiétude qui ressortait clairement de la preuve présentée au juge surveillant :

[TRADUCTION] Selon des données d’AADNC, environ 32 % des demandes contiennent des allégations d’abus entre élèves. Ci-joint est annexée une carte, inscrite comme **pièce « B »**, tirée du site Web d’AADNC et présentant un résumé des demandes relatives aux abus commis entre élèves en date du 31 décembre 2012. Bien que le Secrétariat et moi ayons très à cœur le droit à la confidentialité de l’ensemble des demandeurs et des auteurs présumés des abus, les cas de demandes fondées sur des abus commis entre élèves pourraient poser non seulement des risques particuliers et accrus en matière de protection des renseignements personnels, mais aussi des problèmes graves de sécurité au sein des collectivités des Premières Nations, si les renseignements confidentiels étaient dévoilés, ou même s’il y avait une perception selon laquelle ils *pourraient* l’être. Il n’est pas rare que de telles demandes visent des personnes appartenant à la même collectivité que les demandeurs. Le potentiel de violence et de grande détresse, y compris l’autodestruction, au sein des collectivités est plus élevé dans ces cas. [Nous soulignons.]

(Affidavit de Daniel Shapiro, p. 141)

I know that within my community as well as other aboriginal communities if there were cases where survivors are alleged to have abused other children in the residential school, and their identities became public or accessible to any person, this would have long term devastating consequences in our communities. This would not only devastate these individuals but also their grandchildren and great grandchildren if this information came out at a future date.

It was for this reason that I strongly argued that in cases of student on student abuse the names of alleged perpetrators never be made public to any person. The assurance that this information would never be disclosed outside of the IAP process and the guarantees in the Settlement Agreement were the protections that we obtained as a compromise in the Settlement Agreement. If any of this information is placed into an archive, even if it is sealed for ten years, fifty years, a hundred years or longer, the identities of these perpetrators and their victims will some day become available to their descendants or researchers who may publish information. Within our communities, such knowledge even in future generations would continue the legacy of dysfunction and trauma that was created by the residential schools. [Emphasis added.]

(Affidavit of Larry Philip Fontaine, at pp. 99-100)

Another claimant stated that her community is “so small and close” that she could be easily identified even were her name omitted (Affidavit of Jane Doe, A.R., vol. IX, at p. 70).

(c) *The IAP Guide*

[48] In addition to the text of the IRSSA and surrounding circumstances, the Guide was referred to by the supervising judge as extrinsic evidence in his interpretation of the IRSSA. Its utility, however, was contested by the various parties before this Court. The Guide is a document intended to aid parties in understanding if they qualify for the IAP, and to help parties fill out the IAP application form.

[TRADUCTION] Je sais que, s’il y avait dans ma propre collectivité ainsi que dans d’autres collectivités autochtones des allégations suivant lesquelles des survivants ont commis des abus à l’égard d’autres enfants dans les pensionnats, et que leur identité devenait publique ou accessible à tous, cela aurait des conséquences dévastatrices à long terme au sein de ces collectivités. Tant les personnes en cause que leurs petits-enfants et leurs arrière-petits-enfants seraient anéantis si cette information était plus tard révélée.

C’est pour cette raison que j’ai défendu avec force l’idée que, dans les cas d’abus entre élèves, les noms des auteurs présumés ne soient jamais révélés à quiconque. L’assurance que ces renseignements ne seront jamais communiqués en dehors du PÉI et les garanties prévues dans la convention de règlement ont été obtenues à titre de compromis dans celle-ci. Si quelque élément que ce soit de ces renseignements devait être déposé auprès d’un service d’archives — et même si ceux-ci devaient être scellés pendant dix ans, cinquante ans, cent ans, voire pendant une période encore plus longue —, il n’en reste pas moins que l’identité des auteurs de ces actes et de leurs victimes serait un jour susceptible d’être connue par leurs descendants ou des chercheurs, qui pourraient les rendre publics. Au sein de nos collectivités, une telle connaissance — même par des générations futures — perpétuerait les séquelles de dysfonctionnement et de traumatisme imputables aux pensionnats. [Nous soulignons.]

(Affidavit de Larry Philip Fontaine, p. 99-100)

Une autre demanderesse a dit que sa collectivité est [TRADUCTION] « tellement petite et fermée » qu’elle pourrait facilement être identifiée même si son nom n’était pas révélé (affidavit de M<sup>me</sup> Unetelle, d.a., vol. IX, p. 70).

c) *Le guide relatif au PÉI*

[48] Outre le texte de la CRRPI et les circonstances en cause, le juge surveillant a cité le Guide en tant qu’élément de preuve extrinsèque dans son interprétation de la CRRPI. Cependant, son utilité a été contestée par les différentes parties devant la Cour. Le Guide est un document destiné à aider les parties à savoir si elles remplissent les conditions requises pour présenter une demande dans le

It does not form part of the IRSSA, and indeed it displays at the outset a prominent disclaimer stating that the IAP is governed by Sch. D of the IRSSA and that, in the event of any differences between the Guide and Sch. D, the official document will prevail.

[49] Appendix B of the Guide, titled “Protection of your personal information”, purports to explain how federal privacy, access, and archiving legislation applies to personal information adduced in an IAP claim. The pertinent provisions include:

#### **Definition of personal information**

**Personal information** means information about an identifiable person that is recorded in some way. Some examples of personal information include name, age, income, medical records and school attendance.

#### **Level of security**

We will treat your *Application Form* with care and confidentiality. This means that security rules are in place to protect your *Application Form*. The Government of Canada uses the “Protected B” security level for sensitive and personal information. Once you submit it, we will treat your *Application Form* as a “Protected B” document.

#### **Privacy and information laws**

The *Privacy Act* is the federal law that controls the way the government collects, uses, shares and keeps your personal information. The *Privacy Act* also allows people to access personal information about themselves.

The *Access to Information Act* is the federal law that allows access to government information. However, it protects certain kinds of information, including personal information.

cadre du PÉI, et à remplir le formulaire de demande applicable. Il ne fait pas partie de la CRRPI, et il contient d’ailleurs d’entrée de jeu un avis bien visible indiquant que le PÉI est régi par l’ann. D de la CRRPI et que, si le Guide et l’ann. D diffèrent, le document officiel aura préséance.

[49] L’annexe B du Guide, intitulée « Protection de vos renseignements personnels », vise à expliquer de quelle manière les lois fédérales sur la protection des renseignements personnels, l’accès à l’information et l’archivage s’appliquent aux renseignements personnels contenus dans une demande du PÉI. En voici les dispositions pertinentes :

#### **Définition de renseignements personnels**

Le terme **Renseignements personnel[s]** s’entend des renseignements, quels que soient leur forme et leur support, qui concernent une personne identifiable. Le nom, l’âge, le revenu, les dossiers médicaux et les documents de fréquentation scolaire constituent des exemples de renseignements personnels.

#### **Niveau de sécurité**

Votre *Formulaire de demande* sera traité avec soin et de manière confidentielle. Cela signifie que des règles de sécurité existent pour garantir que votre *Formulaire de demande* est protégé. Le niveau de sécurité « Protégé B » est le niveau utilisé par le gouvernement du Canada pour les renseignements personnels et de nature délicate. Une fois rempli, votre *Formulaire* sera traité comme un document « Protégé B ».

#### **Lois relatives à l’accès à l’information et à la protection des renseignements personnels**

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* est la loi fédérale qui régit la façon dont le gouvernement recueille, utilise, communique et conserve vos renseignements personnels. Elle permet également aux particuliers d’avoir accès aux renseignements personnels qui les concernent.

La *Loi sur l’accès à l’information* est la loi fédérale qui donne accès aux renseignements gouvernementaux, mais protège certains types de renseignements, notamment les renseignements personnels.

We will deal with personal information about you and other people you identify in your claim privately and confidentially. We will do so in accordance with *Access to Information Act*, the *Privacy Act*, and any other applicable law, or we will ask your permission to share information.

In certain situations, the government may have to give personal information to certain authorities. For example, in a criminal case before the courts, the government may have to give information to the police if they have a search warrant. Another example is when the government has to give information to child welfare authorities or the police if the government finds out that a child needs protection. The government will also share personal information with people involved in resolving your claim, as we describe in the section “Sharing your personal information with others” on the next page.

### **Collection of personal information**

Personal information in your *Application Form* and all documents we gather for your claim are collected **only** so we can (1) operate and administer the Independent Assessment Process and (2) resolve your residential school claim.

### **Use of your personal information**

We will review the personal information you give in your *Application Form* and all documents we gather for your claim. This review lets us find out whether we can admit your claim into this Independent Assessment Process. If your Application can be admitted into this process, we will use the information to research your attendance at the residential school(s) and to find documents relevant to you and your claim.

Conformément à la *Loi sur l'accès à l'information*, à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et à toute autre loi applicable, nous traiterons de façon privée et confidentielle les renseignements personnels qui vous concernent et ceux qui concernent d'autres personnes identifiées dans votre réclamation, à moins que nous ayons obtenu votre consentement à la communication d'information.

Dans certains cas, il est possible que le gouvernement ait à fournir des renseignements personnels à certaines autorités. Par exemple, dans une cause criminelle devant les tribunaux, il est possible que le gouvernement ait à fournir des renseignements à la police si celle-ci a un mandat de perquisition, ou encore le gouvernement peut devoir fournir des renseignements à la police ou [aux autorités de protection de l'enfance] s'il apprend qu'un enfant a besoin d'être protégé. Le gouvernement communiquera également ces renseignements personnels aux personnes concernées par le règlement de votre réclamation, selon les termes précisés à la section « Communication de vos renseignements personnels [à d'autres personnes] », à la page suivante.

### **Collecte de renseignements personnels**

Les renseignements personnels contenus dans votre *Formulaire de demande* et dans tous les documents rassemblés dans le cadre de votre réclamation sont recueillis **seulement**, 1) aux fins de l'application et de l'administration de ce Processus d'évaluation indépendant et 2) pour régler les réclamations concernant les pensionnats indiens.

### **Utilisation de vos renseignements personnels**

Nous examinerons les renseignements personnels contenus dans votre *Formulaire de demande*, ainsi que dans tous les documents rassemblés dans le cadre de votre réclamation, pour déterminer si celle-ci peut être traitée dans le cadre du Processus d'évaluation indépendant. Si votre demande est acceptée dans le cadre de ce processus, nous utiliserons ces renseignements comme base de recherche pour confirmer votre séjour au(x) pensionnat(s) indiqué(s) et pour trouver les documents pertinents qui vous concernent et qui se rapportent à votre réclamation.

### Sharing your personal information with others

If a church organization is participating in the resolution of your claim, we will share some of your personal information confidentially with church representatives.

If you ask for counseling support and you give your permission, we will give Health Canada information about your participation in this Independent Assessment Process so that you can receive counseling support.

If the government finds the person who you claim abused you, we will share some of the personal information you have given us with him or her. This will include details of any claims you've made against them. This is necessary to give the person a chance to answer your claim. We will also share some of your personal information with witnesses participating in the resolution of your claim. In both situations, we will share only information necessary to answer your claim. We will not share information that identifies your address.

The Adjudicator will receive your personal information before the hearing. This will let him or her review your claim, question you and other witnesses, and decide whether to provide you compensation and, if so, how much.

### Keeping your records

The *Privacy Act* requires the government to keep your personal information for at least two years. Currently, the government keeps this information in the National Archives for 30 years, but this practice can change at any time. Only the National Archivist can destroy government records. [Underlining added; pp. 28-29.]

As is readily seen, the Guide explicitly refers to the application of the *Privacy Act* and the *Access to Information Act* to the IAP Documents, and notes the prospect of their archival in the National Archives. That said, it also refers to disclosure by the government in certain specific circumstances. We shall return to the Guide below.

### Communication de vos renseignements personnels à d'autres personnes

Si une organisation religieuse participe au traitement de votre réclamation, nous communiquerons certains de vos renseignements personnels aux représentants de l'organisation religieuse à titre confidentiel.

Si vous demandez des services de counseling et si vous y consentez, nous communiquerons à Santé Canada les renseignements concernant votre participation au Processus d'évaluation indépendant afin que vous puissiez obtenir les services demandés.

Si nous retrouvons la personne qui est, selon vous, l'auteur des sévices que vous avez subis, nous lui communiquerons certains des renseignements personnels que vous avez fournis, notamment les détails de toute réclamation la concernant. Il est nécessaire d'agir ainsi pour donner à cette personne la chance de répondre à votre réclamation. Nous communiquerons également certains de vos renseignements personnels aux témoins qui prennent part au règlement de votre réclamation. Dans les deux cas, nous communiquerons seulement les renseignements nécessaires pour répondre à votre réclamation. Nous ne divulguons pas votre adresse.

Nous communiquerons vos renseignements personnels à l'adjudicateur avant l'audience pour qu'il puisse examiner votre réclamation, vous interroger et interroger d'autres témoins et déterminer si une indemnité doit vous être accordée, et si c'est le cas, [. . .] en déterminer le montant.

### Conservation de vos dossiers

La Loi sur la protection des renseignements personnels exige du gouvernement qu'il conserve vos renseignements personnels pendant au moins deux ans. La pratique actuelle du gouvernement est de conserver cette information aux Archives nationales pendant 30 ans, mais cette pratique peut changer en tout temps. Seul l'Archiviste national peut autoriser la destruction des documents du gouvernement. [Nous soulignons, p. 29-31.]

Comme on peut facilement le constater, le Guide traite expressément de l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur l'accès à l'information* aux documents du PÉI, et évoque la possibilité que ces documents soient archivés aux Archives nationales. Cela dit, il y est également question de leur communication par le gouvernement dans certaines circonstances particulières. Nous reviendrons au Guide plus loin.

(d) *The Intended Disposition of the IAP Documents*

[50] In the light of the foregoing, we would not disturb the supervising judge’s finding that the IRSSA provided for the destruction of the IAP Documents.

[51] With respect to the disposition of the IAP Documents, the direction contained in the text of IRSSA is less than clear. As explained above, art. III(o) of Sch. D provides that information disclosed at an IAP hearing is confidential, but may be disclosed “as required within this process or otherwise by law”. Transcripts and recordings may only be used for limited purposes, all of which are specific to the IAP claim, except for the claimant’s option to deposit the transcript in an archive. Appendix II, item (iv) of Sch. D states that all copies of applications “other than those held by the Government will be destroyed on the conclusion of the matter”.

[52] Canada points to two bases for the application of federal privacy, access, and archives legislation in Sch. D: the reference in art. III(o) to disclosure of information disclosed at IAP hearings as required “otherwise by law”; and the proviso in App. II, item (iv) to the effect that Canada’s copies of applications will not be destroyed at the conclusion of the matter. The supervising judge turned his mind to both of these provisions, concluding that they refer to the potential use of such information in criminal or child welfare proceedings, and that Canada’s copies of the application forms should be held during a retention period for this purpose. In light of the text of the IRSSA and the circumstances surrounding it, the supervising judge’s finding does not evidence a palpable and overriding error. In our view, it is unlikely that the drafters intended these words as a trail of breadcrumbs implicitly linking the IRSSA to federal privacy, access, and archiving legislation — especially since the *Privacy Act* is explicitly referred to in connection with federal government disclosure

d) *Le sort final prévu des documents du PÉI*

[50] Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d’avis de ne pas modifier la conclusion du juge surveillant suivant laquelle la CRRPI prévoyait la destruction des documents du PÉI.

[51] En ce qui concerne le sort final de ces documents, la directive contenue dans le texte de la CRRPI est loin d’être claire. Comme il est expliqué ci-dessus, l’art. III(o) de l’ann. D dispose que les renseignements dévoilés dans le cadre d’une audience du PÉI sont confidentiels, mais qu’ils peuvent être communiqués « selon ce qui est prévu au PEI ou autrement par la loi ». Les transcriptions et les enregistrements ne peuvent être utilisés qu’à des fins limitées — lesquelles sont toutes propres à la demande du PÉI —, sous réserve de la possibilité pour le demandeur de déposer la transcription dans une archive. L’annexe II, au point iv) de l’ann. D, précise que toutes les copies de la demande « autres que celles en possession du gouvernement seront détruites à la conclusion de l’affaire ».

[52] Le Canada avance deux raisons permettant de penser que l’ann. D prévoit l’application des lois fédérales sur la protection des renseignements personnels, l’accès à l’information et l’archivage : la mention à l’art. III(o) relative à la communication, selon ce qui est prévu « autrement par la loi », des renseignements dévoilés dans le cadre d’une audience du PÉI, et la disposition au point iv) de l’ann. II suivant laquelle les copies de la demande en possession du Canada ne seront pas détruites à la conclusion de l’affaire. Le juge surveillant s’est penché sur ces deux dispositions, concluant qu’il y était question de l’utilisation possible des renseignements dans une instance criminelle ou en matière de protection de l’enfance, et que les copies des formulaires de demande en possession du Canada devaient être conservées pendant un certain temps à cet effet. Compte tenu du libellé de la CRRPI et des circonstances pertinentes à cet égard, la conclusion du juge surveillant ne révèle aucune erreur manifeste et dominante. À notre avis, il est peu probable

obligations in App. VIII of Sch. D, and since privacy, access to information, and archives legislation are also explicitly referred to in Sch. N.

[53] We note that the IRSSA does not expressly provide a disposition for IAP decisions, beyond stating that claimants will receive a redacted copy. In our view, the necessary implication of this is that other copies of the decisions will not be preserved or eventually archived. The purpose of restricting the use and disclosure of the IAP application forms and the information adduced at hearings would be defeated were IAP decisions, which necessarily replicate a substantial part of that information, not subjected to similar restrictions.

[54] The significance of the Guide was hotly contested before this Court. While the Guide does mention expressly the application of the federal privacy, access, and archival legislation to the IAP Documents, it also appears to guarantee an exhaustive set of circumstances where personal information is disclosed, which circumstances are markedly narrower than the rights of access under the federal legislation. Given the clear disclaimer at the outset of the Guide, the fact that its provisions regarding privacy seem completely unmoored from the text of Sch. D, and that its drafters apparently reproduced the privacy provisions from a similar document used in the former ADR process that was published three years before the IRSSA (Affidavit of Daniel Ish, A.R., vol. III, at p. 161), we ascribe no interpretive weight to the Guide. It follows that the supervising judge committed no error by omitting to

que les rédacteurs aient voulu utiliser les mots susmentionnés comme autant de miettes de pain reliant implicitement la CRRPI aux lois fédérales sur la protection des renseignements personnels, l'accès à l'information et l'archivage — d'autant plus que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est mentionnée expressément, à l'ann. VIII de l'ann. D, en ce qui concerne les obligations du gouvernement fédéral en matière de communication, et que les lois sur la protection des renseignements personnels, l'accès à l'information et l'archivage sont aussi expressément mentionnées à l'ann. N.

[53] Nous soulignons que la CRRPI ne comporte aucune disposition expresse concernant les décisions du PÉI, si ce n'est qu'elle prévoit que les demandeurs en recevront une copie expurgée. À notre avis, il s'ensuit nécessairement que les autres copies des décisions ne seront pas conservées ni archivées. L'objet des restrictions relatives à l'utilisation et à la communication des formulaires de demande du PÉI et des renseignements fournis à l'audience serait contrecarré si les décisions du PÉI, qui reproduisent nécessairement une partie importante de ces renseignements, n'étaient pas assujetties à des restrictions semblables.

[54] L'importance du Guide a été vigoureusement contestée devant la Cour. Bien qu'il y soit mentionné expressément que les lois fédérales sur la protection des renseignements personnels, l'accès à l'information et l'archivage s'appliquent aux documents du PÉI, le Guide semble également prévoir qu'il y aura communication de renseignements personnels dans un ensemble exhaustif de situations, situations nettement plus restreintes que celles visées par les droits d'accès prévus dans les lois fédérales. Compte tenu de l'avertissement clair placé au début du Guide, du fait que ses dispositions concernant la protection des renseignements personnels semblent ne trouver absolument aucun ancrage dans le texte de l'ann. D, et que ses auteurs aient apparemment reproduit les dispositions sur la protection des renseignements personnels provenant d'un document semblable ayant servi dans l'ancien MARC et ayant été publié

import the Guide's references to federal access, privacy, and archiving legislation into the IRSSA.

[55] Our conclusion regarding the supervising judge's interpretation of the text of the IRSSA is affirmed by the intent of the parties themselves. Application of the *Privacy Act* to the IAP Documents clearly runs counter to the principles of confidentiality and voluntariness upon which, as we have explained, the IAP was founded. The *Privacy Act* protects personal information from disclosure, but only for 20 years after the death of the relevant individual. Even during the protection period, disclosures of personal information contained in these documents may occur. For example, the *Privacy Act* provides individuals with a right of access to their personal information, which is defined to include "the views or opinions of another individual about the individual" (s. 3 "personal information"). As pointed out by the Privacy Commissioner of Canada, this might allow an alleged perpetrator to seek information about their accusers. Under s. 8(2)(j) of the *Privacy Act*, personal information may be disclosed at any time for research or statistical purposes.

[56] Further, retention in the National Archives, whose purposes include the accessibility and diffusion of knowledge (*Library and Archives of Canada Act*, preamble), is inconsistent with the absolute level of confidentiality that the parties intended for these documents. As the supervising judge found, the federal access, privacy, and archiving statutory scheme does not conform to the "high degree of confidentiality that the parties bargained for"

trois ans avant la conclusion de la CRRPI (affidavit de Daniel Ish, d.a., vol. III, p. 161), nous n'accordons aucun poids au Guide. En conséquence, le juge surveillant n'a commis aucune erreur en n'important pas dans la CRRPI les références aux lois fédérales sur l'accès à l'information, la protection des renseignements personnels et l'archivage contenues dans le Guide.

[55] Notre conclusion concernant l'interprétation donnée par le juge surveillant au texte de la CRRPI est confirmée par l'intention des parties elles-mêmes. L'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* aux documents du PÉI va clairement à l'encontre des principes de la confidentialité et du caractère volontaire sur lesquels, comme nous l'avons expliqué, repose le PÉI. La *Loi sur la protection des renseignements personnels* protège les renseignements personnels en empêchant leur communication, mais seulement pour une période de 20 ans après le décès de la personne concernée. Même pendant la période de protection, il se peut que les renseignements personnels contenus dans ces documents soient communiqués. Par exemple, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* confère aux individus un droit d'accès aux renseignements personnels les concernant, terme qui s'entend notamment des « idées ou opinions d'autrui sur lui » (art. 3 « renseignements personnels »). Comme l'a souligné le commissaire à la protection de la vie privée du Canada, l'auteur présumé des actes reprochés serait peut-être autorisé à demander des renseignements au sujet des personnes qui l'ont accusé. L'alinéa 8(2)(j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* dispose que des renseignements personnels peuvent être communiqués à tout moment pour des travaux de recherche ou de statistique.

[56] Par ailleurs, la conservation des documents aux Archives nationales, qui ont entre autres pour objectif la diffusion du savoir et son accessibilité (*Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*, préambule), est incompatible avec le niveau absolu de confidentialité que les parties voulaient à l'égard de ceux-ci. Comme l'a conclu le juge surveillant, le régime législatif fédéral en matière d'accès à l'information, de protection des renseignements personnels



(para. 317). Nor does archival of the IAP Documents in the National Archives, coupled with their potential disclosure, conform to the principle of voluntariness governing the disclosure by survivors of their stories.

[57] This principle of voluntary disclosure deserves particular consideration here. It emerges from several of the IRSSA's provisions. In Sch. D, art. III(o)(i) and (ii) provide that claimants are *free* to discuss the outcome of their hearing and may *choose* to retain a copy of their evidence for memorialization and to have their transcript archived. Appendix II, item (iv) allows claimants to *choose* to share copies of their applications with others. The principle of voluntariness further emerges from arts. 2(c), 4(b) and 11 of Sch. N which, taken together, provide that participation by IAP claimants in the TRC's project of commemoration is entirely *at the discretion of the claimants*.

[58] The position taken by the TRC, and later by the NCTR, that these documents should be transferred to the National Archives and eventually shared with the NCTR, would defeat the principle of voluntariness underlying the IAP. Irrespective of the claimants' intentions or wishes, *their* stories — which, it bears reiterating, include accounts of abuse ranging from the monstrous to the humiliating, and of harms ranging from the devastating to the debilitating — would in time be disclosed to the NCTR (and, by extension, to the public), to be applied to its project of commemorating and memorializing the residential schools system. In other words, highly sensitive and private experiences would be conscripted to serve the cause of public education. But this is plainly not what the parties bargained for. We agree with the majority at the Court of Appeal that “the IRSSA put the survivors, not Canada and not anyone else, in control of their own stories” (para. 228).

et d'archivage ne respecte pas le [TRADUCTION] « niveau élevé de confidentialité négocié par les parties » (par. 317). L'archivage des documents du PÉI aux Archives nationales, jumelé à leur possible communication, ne respecte pas non plus le principe du caractère volontaire régissant la communication par les survivants de leur histoire.

[57] Ce principe de communication volontaire mérite une attention particulière en l'espèce. Il ressort de plusieurs dispositions de la CRRPI. À l'annexe D, les art. III(o)(i) et (ii) stipulent que les demandeurs sont *libres* de discuter de l'issue de l'audience les concernant, et qu'ils peuvent *choisir* de conserver une copie de leur témoignage pour se le remémorer et de faire archiver la transcription. L'annexe II, au point iv), prévoit que les demandeurs peuvent *choisir* de communiquer des copies de leur demande à d'autres personnes. Le principe du caractère volontaire se dégage également des art. 2c), 4b) et 11 de l'ann. N, qui, considérés ensemble, prévoient que la participation des demandeurs du PÉI au projet de commémoration de la CVR relève de *leur* entière *discretion*.

[58] La position adoptée par la CVR, et plus tard par le CNVR, selon laquelle ces documents devraient être transférés aux Archives nationales pour être finalement communiqués au CNVR, ferait échec au principe du caractère volontaire qui soutient le PÉI. Indépendamment des intentions ou des désirs des demandeurs, *leurs* histoires — qui, rappelons-le, consistent en des récits d'abus allant de l'abus odieux à celui qui humilie, et de préjudices allant du préjudice dévastateur au préjudice débilitant — seraient un jour communiquées au CNVR (et par extension au public) et serviraient à son projet de commémoration et de remémoration du système des pensionnats indiens. Autrement dit, des expériences de nature très délicate et privée pourraient devoir servir la cause de l'éducation du public. Or, ce n'est tout simplement pas ce que les parties ont négocié. Nous convenons avec la majorité de la Cour d'appel que, [TRADUCTION] « suivant la CRRPI, ce sont les survivants qui sont maîtres de l'utilisation de leur histoire personnelle, et non le Canada ni personne d'autre » (par. 228).

[59] The NCTR's position is prompted by its stated concern that destruction of the IAP Documents would "deny future generations . . . the collective knowledge and history essential to healing" (R.F., at para. 119). In its view, we are not now in a position to know how important the IAP Documents may be to "future healing", since the concerns over the potential negative ramifications of disclosure were expressed at a time when the wounds inflicted by residential schools are still "raw" (transcript, at pp. 59-60). This submission, whether meritorious or not, has no bearing on the interpretation of the IRSSA. To this, however, the NCTR says the IRSSA and the IAP are "flawed" (transcript, at p. 66). But, with respect, the supervising judge was tasked with interpreting the IRSSA as it was agreed to, not as the NCTR would have had the parties agree to. It is not for this Court to conscript the stories of survivors, where confidentiality and solely voluntary disclosure had been agreed to.

[60] We accept Canada's and the NCTR's submission that, in addition to the provision of compensation through the CEP and the IAP, public commemoration of the residential schools system is also a core objective of the IRSSA. That does not mean, however, that each component of the IRSSA must equally contribute to each of those objectives. The IAP is, above all, a method for compensating for abuse and consequent harm. The supervising judge weighed the evidence and found that this core compensatory function would be compromised were the information to be disclosed without claimants' consent. We defer to the fact-finder on that point. Further, because of the past work of the TRC and the ongoing work of the NCTR, we do not doubt that the objective of commemoration is being met. Residential schools survivors have already given more than 7,000 statements to the TRC detailing their experiences (Affidavit of David H. Flaherty, at para. 56). And, under the terms of the supervising judge's order, IAP claimants will still have the possibility to

[59] La position du CNVR découle de sa crainte selon laquelle la destruction des documents du PÉI [TRADUCTION] « priverait les générations futures [. . .] du savoir collectif et de l'histoire commune qui sont essentiels à la guérison » (m.i., par. 119). À son avis, nous ne sommes pas pour l'instant en mesure d'apprécier l'importance que pourraient avoir les documents du PÉI dans une [TRADUCTION] « guérison future » puisque les craintes exprimées au sujet des conséquences potentiellement négatives de leur communication l'ont été à un moment où les blessures infligées par les pensionnats sont encore « vives » (transcription, p. 59-60). Cet argument, qu'il soit ou non fondé, n'a aucune incidence sur l'interprétation de la CRRPI. À cet égard, cependant, le CNVR affirme que la CRRPI et le PÉI sont « défectueux » (transcription, p. 66). Mais, soit dit en tout respect, nous estimons que le juge surveillant devait interpréter la CRRPI telle qu'elle a été conclue entre les parties, et non telle que le CNVR aurait voulu qu'elle soit conclue. Il n'appartient pas à la Cour de réquisitionner les récits des survivants, alors que l'on avait convenu de leur confidentialité et de leur communication sur une base strictement volontaire.

[60] Nous acceptons l'argument du Canada et du CNVR qu'en plus de l'indemnisation versée par l'entremise du PEC et du PÉI, la commémoration publique du système des pensionnats indiens constitue également un objectif fondamental de la CRRPI. Cela ne veut pas dire, cependant, que chacun des éléments de la CRRPI doit contribuer également à la réalisation de chacun de ces objectifs. Le PÉI sert avant tout à indemniser les victimes pour les sévices subis et le préjudice qui en découle. Le juge surveillant a évalué la preuve et a conclu que cette fonction fondamentale d'indemnisation serait compromise si l'information était communiquée sans le consentement des demandeurs. Nous nous en remettons au juge des faits à cet égard. De plus, en raison des travaux antérieurs de la CVR et des travaux actuels du CNVR, il ne fait aucun doute selon nous que l'objectif de commémoration est respecté. Les survivants des pensionnats indiens ont déjà fait plus de 7 000 déclarations à la CVR dans lesquelles ils exposent en détail les expériences qu'ils ont vécues (affidavit de David H.

archive their records with the NCTR if they wish to do so.

[61] Finally, Canada also argued that the destruction of the IAP documents would impede its ability to defend itself against future claims. In view of the plain language of the release in favour of Canada contained in the IRSSA (art. 4.06(g)), which operates irrespective of whether the class members availed themselves of the IAP and of whether they received compensation, we are not satisfied that this is the case.

(3) Was the Order an Appropriate Exercise of the Court's Supervisory Jurisdiction?

[62] Having concluded, without palpable and overriding error, that the IRSSA allowed for the destruction of the IAP Documents, the supervising judge then had to craft an appropriate order. In doing so, he had to strike a balance between competing concerns: preserving confidentiality and the need to memorialize and commemorate, all the while respecting the choice of survivors to share (or not share) their stories. The supervising judge's order, as modified by the majority of the Court of Appeal, charts an appropriate course between the Scylla of potentially unwanted destruction and the Charybdis of potentially injurious preservation. The destruction order is subject to a 15-year retention period, during which claimants may choose to have their IAP Documents preserved and archived. That choice will be brought to the attention of claimants through a notice program administered by the Chief Adjudicator. We recognize that this order may be inconsistent with the wishes of deceased claimants who were never given the option to preserve their records. A perfect outcome here is, in these circumstances, simply not possible. In our view, however, the destruction of records that some claimants would have preferred to have preserved works a lesser injustice than the disclosure of records that most expected never to be shared. The supervising judge's order, as varied by the majority of the Court

Flaherty, par. 56). Et, aux termes de l'ordonnance du juge surveillant, les demandeurs du PÉI pourront toujours, s'ils le souhaitent, faire archiver leurs documents auprès du CNVR.

[61] Enfin, le Canada a également fait valoir que la destruction des documents du PÉI l'empêcherait de se défendre contre des demandes futures. Eu égard au libellé clair de la renonciation en faveur du Canada contenue dans la CRRPI (art. 4.06g)) — laquelle s'applique que les membres du recours collectif se soient ou non prévalus du PÉI ou qu'ils aient ou non été indemnisés —, nous ne sommes pas convaincus que c'est le cas.

(3) L'ordonnance constituait-elle un exercice approprié du pouvoir de surveillance du tribunal?

[62] Après avoir conclu, sans erreur manifeste et dominante, que la CRRPI autorisait la destruction des documents du PÉI, le juge surveillant devait alors concevoir une ordonnance appropriée. Pour ce faire, il devait établir un équilibre entre des préoccupations opposées : préserver la confidentialité et la nécessité de remémoration et de commémoration, tout en respectant le choix des survivants de révéler (ou non) leur histoire. L'ordonnance du juge surveillant, modifiée par la majorité de la Cour d'appel, établit une solution appropriée entre le Scylla de la destruction éventuelle non désirée et le Charybde de la conservation éventuelle préjudiciable. L'ordonnance de destruction est assortie d'une période de conservation de 15 ans, durant laquelle les demandeurs peuvent choisir de faire conserver et archiver leurs documents du PÉI. Les demandeurs seront informés de cette possibilité par l'entremise d'un programme de notification administré par l'adjudicateur en chef. Nous reconnaissons qu'il est possible que cette ordonnance contrevienne aux désirs de demandeurs décédés qui ne se sont jamais vu offrir la possibilité de faire conserver leurs documents. La solution parfaite, dans les circonstances, n'existe tout simplement pas. À notre avis, cependant, la destruction de documents que certains demandeurs auraient préféré voir conservés est une injustice moindre que la communication de documents que la

of Appeal, was an appropriate exercise of his discretion.

[63] That variation was, moreover, entirely appropriate in the circumstances of this case. The notice program should be carried out by the Chief Adjudicator, as it does not fall within the mandate of either the TRC or the NCTR, and as it would be inconsistent with a confidential process to provide them with the information necessary for the program. Further, we support the direction of the Court of Appeal that the orders should include documents developed in the ADR process. As the intent of the IRSSA was to consolidate existing litigation into the IAP, consistency and fairness require that the records resulting from that litigation should be treated in the same manner as the IAP Documents.

#### IV. Conclusion and Disposition

[64] We would dismiss the appeal, with costs to the Independent Counsel. We also endorse the entreaties of the courts below that the Chief Adjudicator conduct the notice program without delay and with full cooperation from the parties, in order to give effect to the express wishes of the greatest number of IAP claimants possible.

#### APPENDIX

AANDC	Aboriginal Affairs and Northern Development Canada
ADR	Alternative Dispute Resolution
CEP	Common Experience Payment
IAP	Independent Assessment Process
IRSSA	Indian Residential Schools Settlement Agreement

majorité s’attendait à ne voir jamais communiqués. L’ordonnance du juge surveillant, modifiée par les juges majoritaires de la Cour d’appel, constituait donc un exercice approprié de son pouvoir discrétionnaire.

[63] Cette modification était, en outre, tout à fait appropriée dans les circonstances de l’espèce. Le programme de notification devrait être mis en œuvre par l’adjudicateur en chef, parce qu’il ne relève ni du mandat de la CVR ni de celui de la CNVR et que le fait de fournir à ces organismes les renseignements nécessaires à l’application du programme serait incompatible avec la confidentialité du processus. De plus, nous souscrivons à la directive de la Cour d’appel selon laquelle les ordonnances devraient inclure les documents créés dans le cadre du MARC. Comme la CRRPI visait à rassembler les litiges en cours au sein du PÉI, l’uniformité et l’équité exigent que les documents issus de ces litiges soient traités de la même manière que les documents du PÉI.

#### IV. Conclusion et dispositif

[64] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi, avec dépens en faveur des avocats indépendants. Nous faisons également nôtres les demandes pressantes des juridictions inférieures voulant que l’adjudicateur en chef dirige sans délai et avec l’entière collaboration des parties le programme de notification, afin de donner effet à la volonté expresse du plus grand nombre possible de demandeurs du PÉI.

#### ANNEXE

AADNC	Affaires autochtones et Développement du Nord Canada
CNVR	Centre national pour la vérité et réconciliation
CRRPI	Convention de règlement relative aux pensionnats indiens
CVR	Commission de vérité et de réconciliation

NCTR	National Research Centre for Truth and Reconciliation	DGOCR	Direction générale des opérations de la Convention de règlement
SAO	Settlement Agreement Operations Branch	MARC	Mode alternatif de règlement des conflits
TRC	Truth and Reconciliation Commission	PEC	Païement d'expérience commune
		PÉI	Processus d'évaluation indépendant

*Appeal dismissed with costs to the respondent Independent Counsel.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Ottawa and Montréal.*

*Solicitors for the respondents Sisters of Charity, a Body Corporate also known as Sisters of Charity of St. Vincent de Paul, Halifax, also known as Sisters of Charity Halifax, Oeuvres Oblates de l'Ontario, Résidences Oblates du Québec, Soeurs Grises de Montréal/Grey Nuns of Montréal, Sisters of Charity (Grey Nuns) of Alberta, Soeurs de la Charité des T.N.-O., Hôtel-Dieu de Nicolet, Grey Nuns of Manitoba Inc. — Soeurs Grises du Manitoba Inc., Missionary Oblates — Grandin Province, Oblats de Marie Immaculée du Manitoba, Oblates of Mary Immaculate — St. Peter's Province, Sisters of Saint Ann, Sisters of Instruction of the Child Jesus, Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia, Sisters of Charity of Providence of Western Canada and Roman Catholic Archiepiscopal Corporation of Winnipeg: McKercher, Saskatoon.*

*Solicitors for the respondents Soeurs de Notre-Dame-Auxiliatrice, Soeurs de St-François D'Assise, Institut des Soeurs du Bon Conseil, Soeurs de Saint-Joseph de Saint-Hyacinthe, Soeurs de Jésus-Marie, Soeurs de l'Assomption de la Sainte Vierge, Soeurs de l'Assomption de la Sainte Vierge de l'Alberta, Soeurs Missionnaires du Christ-Roi and Soeurs de la Charité de St-Hyacinthe: Lavery, de Billy, Montréal.*

*Solicitors for the respondent National Centre for Truth and Reconciliation: Birenbaum Law, Toronto; University of Manitoba, Winnipeg.*

*Pourvoi rejeté avec dépens en faveur de l'intimé Avocats indépendants.*

*Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Ottawa et Montréal.*

*Procureurs des intimés Sisters of Charity, une personne morale connue sous le nom de Sisters of Charity of St. Vincent de Paul, Halifax, également connue sous le nom de Sisters of Charity Halifax, Oeuvres Oblates de l'Ontario, Résidences Oblates du Québec, Soeurs Grises de Montréal/Grey Nuns of Montréal, Sisters of Charity (Grey Nuns) of Alberta, Soeurs de la Charité des T.N.-O., Hôtel-Dieu de Nicolet, Grey Nuns of Manitoba Inc. — Soeurs Grises du Manitoba Inc., Missionary Oblates — Grandin Province, Oblats de Marie Immaculée du Manitoba, Oblates of Mary Immaculate — St. Peter's Province, Sisters of Saint Ann, Sisters of Instruction of the Child Jesus, Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia, Sisters of Charity of Providence of Western Canada et Roman Catholic Archiepiscopal Corporation of Winnipeg : McKercher, Saskatoon.*

*Procureurs des intimés Soeurs de Notre-Dame-Auxiliatrice, Soeurs de St-François D'Assise, Institut des Soeurs du Bon Conseil, Soeurs de Saint-Joseph de Saint-Hyacinthe, Soeurs de Jésus-Marie, Soeurs de l'Assomption de la Sainte Vierge, Soeurs de l'Assomption de la Sainte Vierge de l'Alberta, Soeurs Missionnaires du Christ-Roi et Soeurs de la Charité de St-Hyacinthe : Lavery, de Billy, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé Centre national pour la vérité et réconciliation : Birenbaum Law, Toronto; University of Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent Assembly of First Nations: Assembly of First Nations, Ottawa; Kathleen Mahoney Professional Corporation, Calgary.*

*Solicitors for the respondent Independent Counsel: Grant Huberman, Vancouver; Diane Soroka Avocate Inc., Westmount, Quebec; Sandra Staats Law Corporation, Prince George, British Columbia.*

*Solicitors for the respondent Inuit Representatives: Legal Opinion North, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent Chief Adjudicator of the Indian Residential Schools Adjudication Secretariat: Arvay Finlay, Vancouver; Susan E. Ross, Saskatoon.*

*Solicitors for the intervenor Privacy Commissioner of Canada: Barbara McIsaac Law, Ottawa; Office of the Privacy Commissioner of Canada, Gatineau.*

*Solicitors for the intervenor Coalition to Preserve Truth: Devlin Gailus Watson, Victoria.*

*Solicitors for the intervenor Information Commissioner of Canada: Gowling WLG (Canada), Ottawa; Office of the Information Commissioner of Canada, Gatineau.*

*Procureurs de l'intimée Assemblée des Premières Nations : Assemblée des Premières Nations, Ottawa; Kathleen Mahoney Professional Corporation, Calgary.*

*Procureurs de l'intimé Avocats indépendants : Grant Huberman, Vancouver; Diane Soroka Avocate Inc., Westmount, Québec; Sandra Staats Law Corporation, Prince George, Colombie-Britannique.*

*Procureurs de l'intimé Représentants des Inuits : Legal Opinion North, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé Adjudicateur en chef du Secrétariat d'adjudication des pensionnats indiens : Arvay Finlay, Vancouver; Susan E. Ross, Saskatoon.*

*Procureurs de l'intervenant Commissaire à la protection de la vie privée du Canada : Barbara McIsaac Law, Ottawa; Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, Gatineau.*

*Procureurs de l'intervenante Coalition to Preserve Truth : Devlin Gailus Watson, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant Commissaire à l'information du Canada : Gowling WLG (Canada), Ottawa; Commissariat à l'information du Canada, Gatineau.*

**City of Montréal** *Appellant*

v.

**Nousla Dorval,  
Noslaine Dorval and  
Jolène Bien-Aimée** *Respondents*

**INDEXED AS: MONTRÉAL (CITY) v. DORVAL**

**2017 SCC 48**

File No.: 36752.

2017: February 23; 2017: October 13.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Prescription — Civil liability — Municipalities — Bodily injury — Indirect victim — Victim murdered by her former spouse after having reported death threats she had received from him to police of municipality — Members of victim’s family bringing action in damages on their own behalf against municipality for negligence because of failure of its police to act — Whether family members’ action is “based on obligation to make reparation for bodily injury caused to another” within meaning of art. 2930 of Civil Code of Québec — Whether members of victim’s family may avail themselves of three-year general law prescriptive period provided for in Code — Civil Code of Québec, arts. 2925, 2930.*

*Municipal law — Civil liability — Prescription — Bodily injury — Indirect victim — Victim murdered by her former spouse after having reported death threats she had received from him to police of municipality — Members of victim’s family bringing action in damages on their own behalf against municipality for negligence because of failure of its police to act — Motion to dismiss arguing that action was prescribed on ground that family members had not suffered “bodily injury” within meaning of art. 2930 of Civil Code of Québec — Whether three-year general law prescriptive period provided for in Code prevails over six-month period provided for in Cities and Towns Act — Civil Code of Québec, arts. 2925, 2930 — Cities and Towns Act, CQLR, c. C-19, s. 586.*

**Ville de Montréal** *Appelante*

c.

**Nousla Dorval,  
Noslaine Dorval et  
Jolène Bien-Aimée** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : MONTRÉAL (VILLE) c. DORVAL**

**2017 CSC 48**

N° du greffe : 36752.

2017 : 23 février; 2017 : 13 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

*Prescription — Responsabilité civile — Municipalités — Préjudice corporel — Victime par ricochet — Victime assassinée par son ex-conjoint après avoir rapporté les menaces de mort proférées par ce dernier à son endroit aux services de police de la municipalité — Action en dommages-intérêts entreprise par des parents de la victime en leurs noms personnels pour négligence contre la municipalité en raison de l’inaction de ses services de police — L’action des parents est-elle « fondée sur l’obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui » au sens de l’art. 2930 du Code civil du Québec? — Les parents de la victime peuvent-ils se prévaloir de la prescription de droit commun de trois ans prévue au Code? — Code civil du Québec, art. 2925, 2930.*

*Droit municipal — Responsabilité civile — Prescription — Préjudice corporel — Victime par ricochet — Victime assassinée par son ex-conjoint après avoir rapporté les menaces de mort proférées par ce dernier à son endroit aux services de police de la municipalité — Action en dommages-intérêts entreprise par des parents de la victime en leurs noms personnels pour négligence contre la municipalité en raison de l’inaction de ses services de police — Requête en irrecevabilité opposant la prescription du recours au motif que les parents n’ont pas subi de « préjudice corporel » au sens de l’art. 2930 du Code civil du Québec — La prescription de droit commun de trois ans prévue au Code a-t-elle préséance sur celle de six mois prévue à la Loi sur les cités et villes? — Code civil du Québec, art. 2925, 2930 — Loi sur les cités et villes, RLRQ, c. C-19, art. 586.*

In October 2010, D was murdered by her former spouse. In October 2013, members of D's immediate family sued the City of Montréal in its capacity as principal of the police officers whose negligence had allegedly contributed to D's death in that they had failed to take appropriate action to adequately ensure her safety. The family members sought damages personally for moral and material injuries (*solatium doloris*, funeral expenses and loss of emotional support). The City countered their action with a motion to dismiss, arguing that the action was prescribed under s. 586 of the *Cities and Towns Act*, which provides that every action against a municipality is prescribed by six months from the day on which the cause of action accrued.

The trial judge concluded that the family members' action was prescribed under s. 586 of the *Cities and Towns Act* because they had not themselves suffered any interference with their physical integrity, that is, any "bodily injury". They therefore could not avail themselves of art. 2930 of the *Civil Code of Québec* ("C.C.Q."), under which the three-year general law prescriptive period would apply. The Court of Appeal held that the action was not prescribed. In the words of art. 2930 C.C.Q., the family members' action was indeed "based on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another".

*Held* (Côté and Brown JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Wagner and Gascon JJ.: The action is not prescribed. For the purposes of the application and interpretation of art. 2930 C.C.Q., any civil liability action instituted to claim reparation for the direct and immediate consequences of interference with a person's physical integrity must be based on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another. The words "where an action is based on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another" in art. 2930 C.C.Q. require that the court characterize the basis for the action in order to determine whether that article applies to a particular case. The basis for the action corresponds here to the wrongful act that gave rise to interference with the victim's physical integrity. This interpretation has neither as its purpose nor as its effect to turn a moral or material injury into a bodily injury. When the term "bodily injury" is used in the Code, it necessarily refers to interference with a person's physical integrity. However, wrongful interference, whether bodily, material or moral in nature, remains the basis for the civil liability action. For the purposes of art. 2930, it is the nature of the initial interference rather than the head of damages being claimed that results in the injury

En octobre 2010, D est assassinée par son ex-conjoint. En octobre 2013, des proches parents de D ont entrepris une poursuite contre la Ville de Montréal en sa qualité de commettante des policiers qui auraient contribué par leur négligence au décès de D en ayant omis de faire le suivi approprié et d'assurer adéquatement sa sécurité. Ils réclament des dommages-intérêts personnellement pour préjudices moral et matériel (*solatium doloris*, frais funéraires et perte de soutien affectif). La Ville leur oppose dans une requête en irrecevabilité la prescription de leur recours suivant l'art. 586 de la *Loi sur les cités et villes*, qui prévoit que tout recours entrepris contre une municipalité se prescrit par six mois à compter du jour où le droit d'action a pris naissance.

La première juge conclut que le recours des parents est prescrit suivant l'art. 586 de la *Loi sur les cités et villes* puisqu'ils n'ont pas eux-mêmes subi d'atteinte à leur intégrité physique, soit un « préjudice corporel ». Ils ne peuvent donc pas se prévaloir de l'art. 2930 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »), qui renvoie à la prescription de droit commun de trois ans. La Cour d'appel conclut que l'action n'est pas prescrite. Suivant le libellé de l'art. 2930 C.c.Q., l'action des parents est bel et bien « fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui ».

*Arrêt* (les juges Côté et Brown sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Wagner et Gascon : L'action n'est pas prescrite. Aux fins d'application et d'interprétation de l'art. 2930 C.c.Q., toute action en responsabilité civile intentée afin de réclamer une réparation pour les conséquences directes et immédiates d'une atteinte à l'intégrité physique d'une personne est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui. En effet, l'énoncé « lorsque l'action est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui » contenu à l'art. 2930 C.c.Q. requiert du tribunal qu'il qualifie le fondement de l'action intentée pour décider de l'application de cette disposition à un cas d'espèce. Le fondement de l'action correspond alors à l'acte fautif générateur de l'atteinte à l'intégrité physique de la victime. Cette interprétation n'a ni pour objet ni pour effet de faire d'un préjudice moral ou matériel un préjudice corporel. Lorsque le terme « préjudice corporel » est employé dans le Code, il fait nécessairement référence à une atteinte à l'intégrité physique d'une personne. Toutefois, l'atteinte fautive, qu'elle soit de nature corporelle, matérielle ou morale, demeure le fondement du recours en responsabilité civile. Pour l'application de l'art. 2930, c'est la nature de



being characterized as “bodily injury” and that constitutes the source or basis of the action. Any victim of wrongful interference with his or her physical integrity and any other victim who also suffers immediate and direct consequences of that interference will be able to claim damages for their pecuniary or non-pecuniary losses under heads alleged in an action based on that same wrongful interference.

This interpretation of the words of art. 2930 C.C.Q. is consistent with the legislature’s intention. Article 2930 is one of a set of legislative provisions that were enacted to better protect the integrity of the person and to ensure full compensation for those whose personal integrity has been interfered with. It is the right to physical integrity that corresponds to the interest the legislature is seeking to protect, which necessarily encompasses the right to reparation for all immediate and direct consequences that flow from such interference with physical integrity. The result of this is that all victims who suffer direct and immediate consequences of the same wrongful interference must have the same period of extinctive prescription to institute their actions. This large and liberal interpretation of art. 2930 is thus a solution that is both consistent and fair, one that can facilitate access to justice for victims.

In this case, the family members’ civil liability action is based on D’s death, which allegedly resulted from the wrongful act of the City of Montréal, namely the inaction of its police officers. It is thus claimed that the City has an obligation to make reparation for the interference with physical integrity it allegedly caused to D, as well as for all pecuniary and non-pecuniary consequences suffered by the family members that are a direct and immediate result of that interference. The three-year prescriptive period applies to the family members’ action, which was therefore not prescribed at the time it was filed.

*Per Côté and Brown JJ. (dissenting):* The action is prescribed. The members of D’s family may not avail themselves of the three-year prescriptive period under art. 2930 C.C.Q., given that they have not themselves suffered bodily injury as a result of D’s death. This conclusion is based on decisions in which the Court clearly held that although the concept of bodily injury is flexible, an action based on bodily injury must arise out of interference with the physical integrity of the person claiming compensation.

Nor is it possible for the family members to avail themselves of the exception provided for in art. 2930

l’atteinte initiale plutôt que le chef de dommages-intérêts réclamé qui qualifie de corporel le préjudice et qui constitue la source ou le fondement de l’action. Toute victime d’une atteinte fautive à son intégrité physique et toute autre victime qui subit également des conséquences immédiates et directes de cette atteinte, pourront réclamer leurs pertes pécuniaires ou non pécuniaires en fonction des chefs de dommages-intérêts allégués dans une action fondée sur la même atteinte fautive.

Cette interprétation du libellé de l’art. 2930 C.c.Q. est conforme à l’intention du législateur. L’article 2930 fait partie d’un ensemble de dispositions législatives adoptées afin de mieux protéger l’intégrité de la personne et d’assurer la pleine indemnisation des victimes d’atteinte à cette intégrité. C’est le droit à l’intégrité physique qui correspond à l’intérêt que le législateur veut protéger, lequel englobe nécessairement le droit à la réparation pour toutes les conséquences immédiates et directes qui découlent de cette atteinte à l’intégrité physique. Ainsi, il en résulte que toutes les victimes qui subissent les conséquences directes et immédiates d’une même atteinte fautive doivent bénéficier du même délai de prescription extinctive pour entreprendre leur recours. Cette interprétation large et libérale de l’art. 2930 constitue donc une solution à la fois cohérente, équitable et juste, de nature à faciliter l’accès à la justice des victimes.

En l’espèce, le fondement de l’action en responsabilité civile des parents est le décès de D, lequel résulterait de l’acte fautif de la Ville de Montréal, à savoir l’inaction de ses policiers. La Ville aurait donc l’obligation de réparer l’atteinte à l’intégrité physique qu’elle aurait causée à D, ainsi que les conséquences pécuniaires et non pécuniaires subies par les parents qui en sont la suite immédiate et directe. L’action des parents bénéficie du délai de prescription de trois ans et n’était donc pas prescrite au moment de son dépôt.

*Les juges Côté et Brown (dissidents) :* Le recours est prescrit. Les proches parents de D ne peuvent se prévaloir du délai de prescription de trois ans auquel fait référence l’art. 2930 C.c.Q. puisqu’ils n’ont pas eux-mêmes subi de préjudice corporel à la suite du décès de D. Cette conclusion est fondée sur la jurisprudence antérieure de la Cour qui a clairement déterminé que, malgré la souplesse de la notion de préjudice corporel, l’action qui se fonde sur un tel préjudice doit découler d’une atteinte à l’intégrité physique de la personne qui réclame une compensation.

Les parents ne peuvent non plus bénéficier de l’exception prévue à l’art. 2930 C.c.Q. au motif que la source de

C.C.Q. on the basis that the source of their action is D's bodily injury. The injury must be characterized in terms of its consequences, not its source. The contrary position has the effect of conflating two distinct elements that are necessary for any right of action to exist in civil liability, namely fault and injury. It also leads to an artificial characterization of bodily injury that would introduce confusion into Quebec civil law. An injury that is not bodily injury cannot be transformed into bodily injury in this way simply on the basis that it has been occasioned by an initial bodily injury. In this case, the action is based on the obligation to make reparation for moral and material injuries the family members allege they have suffered, and not on the obligation to make reparation for bodily injury suffered by a third party. The words of art. 2930 C.C.Q. are clear: the article applies only "where an action is based on the obligation to make reparation for bodily injury". The obligation to make reparation concerns bodily injury suffered by the plaintiff, and not any other types of injury that third parties may have suffered as a result of the same fault. Although the legislature did intend to protect the right to physical integrity, nothing in the words of art. 2930 supports the suggestion that it encompasses the right to reparation for all consequences that flow from such interference with physical integrity.

If the legislature had intended to protect victims of moral or material injury in the same way as victims of bodily injury, it would have expressly extended the scope of art. 2930 C.C.Q. as it did in other provisions of the Code. The clear language of art. 2930 cannot be disregarded. Consistency of provisions respecting prescriptive periods is the prerogative of the legislature and should not be subject to general policy preferences of the courts.

### Cases Cited

By Wagner J.

**Applied:** *Montréal (Ville) v. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405; **distinguished:** *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; **referred to:** *Andrusiak v. Montréal (Ville)*, [2004] R.J.Q. 2655; *Islamic Republic of Iran v. Hashemi*, 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567; *Cinar Corp. v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Regent Taxi and Transport Co. v. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1932] A.C. 295; *Lepage v. Méthot*, [2003] R.J.Q. 861; *Fils-Aimé v.*

leur action serait le préjudice corporel de D. En effet, il y a lieu de qualifier le préjudice selon les conséquences, et non selon la source. La position contraire a pour effet de confondre deux éléments distincts et nécessaires à l'existence de tout droit d'action en responsabilité civile, soit la faute et le préjudice. Elle mène également à une qualification artificielle du préjudice corporel qui serait source de confusion en droit civil québécois. On ne peut ainsi transformer en préjudice corporel un préjudice qui n'en est pas un simplement parce qu'il découle d'un préjudice corporel initial. En l'espèce, l'action est fondée sur l'obligation de réparer les préjudices moral et matériel que les parents allèguent avoir subis, et non sur l'obligation de réparer le préjudice corporel subi par une tierce personne. Le texte de l'art. 2930 C.c.Q. est clair : la disposition ne s'applique que « lorsque l'action est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel ». L'obligation de réparer vise le préjudice corporel subi par le demandeur, et non pas tous les autres types de préjudice que de tierces personnes pourraient avoir subis des suites de la commission d'une même faute. Bien que le législateur ait voulu protéger le droit à l'intégrité physique, rien dans le texte de l'art. 2930 ne permet d'appuyer la suggestion à l'effet qu'il englobe le droit à la réparation pour toutes les conséquences qui découlent de cette atteinte à l'intégrité physique.

Si le législateur avait voulu protéger la victime d'un préjudice moral ou matériel de la même manière que la victime d'un préjudice corporel, il aurait expressément étendu la portée de l'art. 2930 C.c.Q. comme il le fait dans d'autres dispositions du Code. On ne peut ignorer le libellé clair de l'art. 2930. La cohérence des dispositions en matière de délais de prescription relève de la prérogative du législateur et ne devrait pas être soumise aux préférences de politique générale des tribunaux judiciaires.

### Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

**Arrêt appliqué :** *Montréal (Ville) c. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405; **distinction d'avec les arrêts :** *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; **arrêts mentionnés :** *Andrusiak c. Montréal (Ville)*, [2004] R.J.Q. 2655; *Islamic Republic of Iran c. Hashemi*, 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567; *Cinar Corp. c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Regent Taxi and Transport Co. c. Congrégation des Petits Frères de*

*Montréal (Ville)*, 2003 CanLII 19812; *Gasse v. Québec (Ville)*, 2004 CanLII 4468; *Tremblay v. Lapointe*, [2004] R.R.A. 854; *Arcand v. Beaumier*, 2012 QCCS 2667; *Harvey v. Trois-Rivières (Ville)*, 2006 QCCS 3192.

By Côté and Brown JJ. (dissenting)

*Gauthier v. Beaumont*, [1998] 2 S.C.R. 3; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, aff'g 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567; *Montréal (Ville) v. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Regent Taxi and Transport Co. v. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1932] A.C. 295; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Lepage v. Méthot*, [2003] R.J.Q. 861.

#### Statutes and Regulations Cited

*Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12, s. 1.  
*Charter of the city of Montreal, 1960*, S.Q. 1959-60, c. 102, arts. 1090, 1092.  
*Cities and Towns Act*, CQLR, c. C-19, s. 586.  
*Civil Code of Lower Canada*, art. 1053.  
*Civil Code of Québec*, arts. 3, 10, 1457, 1474, 1607, 1609, 1614, 1615, 2925, 2930.  
*Code civil (France)*, art. 2226.  
*Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, ss. 41, 41.1.  
*State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 6.

#### Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8<sup>e</sup> éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.  
 Bergel, Jean-Louis. "Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation", dans *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992*. Montréal: Thémis, 1993, 3.  
 Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Gardner, Daniel. *Le préjudice corporel*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Yvon Blais, 2016.

*Marie*, [1932] A.C. 295; *Lepage c. Méthot*, [2003] R.J.Q. 861; *Fils-Aimé c. Montréal (Ville)*, 2003 CanLII 19812; *Gasse c. Québec (Ville)*, 2004 CanLII 4468; *Tremblay c. Lapointe*, [2004] R.R.A. 854; *Arcand c. Beaumier*, 2012 QCCS 2667; *Harvey c. Trois-Rivières (Ville)*, 2006 QCCS 3192.

Citée par les juges Côté et Brown (dissidents)

*Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, conf. 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567; *Montréal (Ville) c. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Regent Taxi and Transport Co. c. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1932] A.C. 295; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Lepage c. Méthot*, [2003] R.J.Q. 861.

#### Lois et règlements cités

*Charte de la Ville de Montréal, 1960*, S.Q. 1959-60, c. 102, art. 1090, 1092.  
*Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 1.  
*Code civil du Bas-Canada*, art. 1053.  
*Code civil du Québec*, art. 3, 10, 1457, 1474, 1607, 1609, 1614, 1615, 2925, 2930.  
*Code civil (France)*, art. 2226.  
*Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 41, 41.1.  
*Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, c. S-18, art. 6.  
*Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19, art. 586.

#### Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.  
 Bergel, Jean-Louis. « Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, 3.  
 Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et de Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2009.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.  
 Gardner, Daniel. *Le préjudice corporel*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2016.

Gervais, Céline. *La prescription*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2009.

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*. Québec: Publications du Québec, 1993.

Turgeon-Dorion, Louis. “La qualification du préjudice en droit civil québécois” (2015), 49 *R.J.T.U.M.* 133.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Vézina, Savard and Schrager JJ.A.), 2015 QCCA 1607, [2015] AZ-51220061, [2015] J.Q. n° 9782 (QL), 2015 CarswellQue 9409 (WL Can.), setting aside a decision of Nantel J., 2014 QCCS 4590, [2014] AZ-51112017, [2014] J.Q. n° 10528 (QL), 2014 CarswellQue 10054 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté and Brown JJ. dissenting.

*Pierre Yves Boisvert*, for the appellant.

*Ronald Silverson, François Joubert and Andrée-Ann Robert*, for the respondents.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Wagner and Gascon JJ. delivered by

WAGNER J. —

## I. Overview

[1] In Quebec civil law, court actions have always been subject to prescriptive periods that vary in length depending on the nature of a case or the identities of the parties.

[2] In the most recent reform of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.” or “Code”), the legislature aimed to simplify the rules on the prescription of actions by harmonizing them and thereby promoting access to justice. Such rules are essential in a democratic society that wishes to preserve public order, sanction the negligence of creditors or ensure social peace (C. Gervais, *La prescription* (2009), at pp. 4-5). These are some of the purposes behind the obligation imposed on litigants to act and to bring an action within a specific period, without which they will no longer be able to obtain a remedy.

Gervais, Céline. *La prescription*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009.

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, Québec, Publications du Québec, 1993.

Turgeon-Dorion, Louis. « La qualification du préjudice en droit civil québécois » (2015), 49 *R.J.T.U.M.* 133.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Vézina, Savard et Schrager), 2015 QCCA 1607, [2015] AZ-51220061, [2015] J.Q. n° 9782 (QL), 2015 CarswellQue 9409 (WL Can.), qui a annulé une décision de la juge Nantel, 2014 QCCS 4590, [2014] AZ-51112017, [2014] J.Q. n° 10528 (QL), 2014 CarswellQue 10054 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Côté et Brown sont dissidents.

*Pierre Yves Boisvert*, pour l’appelante.

*Ronald Silverson, François Joubert et Andrée-Ann Robert*, pour les intimés.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Moldaver, Wagner et Gascon a été rendu par

LE JUGE WAGNER —

## I. Aperçu

[1] De tout temps, en droit civil québécois, les recours devant les tribunaux ont été soumis à divers délais de prescription dont la durée varie selon la nature de l’affaire ou l’identité des parties.

[2] Lors de la dernière réforme du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. » ou « Code »), le législateur a voulu simplifier les règles relatives à la prescription des recours en les harmonisant pour ainsi favoriser l’accès à la justice. Ces règles sont primordiales dans une société démocratique soucieuse de préserver l’ordre public, de sanctionner le comportement négligent d’un créancier ou encore d’assurer la paix sociale (C. Gervais, *La prescription* (2009), p. 4-5). Tels sont quelques-uns des objectifs de l’obligation faite aux justiciables d’agir et d’entreprendre un recours dans un temps déterminé, sous peine de ne plus pouvoir obtenir réparation.

[3] This appeal concerns a conflict between, on the one hand, the application of an exceptionally short prescriptive period of six months to actions against a municipality under the *Cities and Towns Act*, CQLR, c. C-19 (“C.T.A.”), and, on the other, the interpretation of art. 2930 C.C.Q., under which the three-year general law prescriptive period provided for in art. 2925 C.C.Q. applies where an action in damages is “based on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another”. When art. 2930 C.C.Q. applies, it precludes, *inter alia*, the application of the six-month prescriptive period provided for in s. 586 C.T.A.

## II. Background

[4] In October 2010, Maria Altagracia Dorval was murdered by her former spouse. During the weeks before that, Ms. Dorval had complained in vain to the City of Montréal (“City”) police after receiving death threats from her former spouse. The respondents, who are members of Ms. Dorval’s immediate family (“family members”), argue that the police failed to take appropriate action to adequately ensure Ms. Dorval’s safety.

[5] In October 2013, the family members sued the City in its capacity as principal of the police officers whose negligence had allegedly contributed to Ms. Dorval’s death. They sought damages personally for *solatium doloris*, funeral expenses and loss of emotional support. The City countered their action with a motion to dismiss, arguing that the action was prescribed under s. 586 C.T.A., which provides that every action against a municipality is prescribed by six months from the day on which the cause of action accrued. The City contended that the family members had not themselves suffered any interference with their physical integrity, that is, any “bodily injury”, and therefore could not avail themselves of art. 2930 C.C.Q. In response, the family members argued that their action was based on the City’s obligation to make reparation for bodily injury caused to the deceased, Ms. Dorval, and that the action was therefore prescribed by three years.

[3] Ce pourvoi met en opposition, d’une part, l’application d’un délai de prescription exceptionnellement court — six mois — aux recours entrepris contre une municipalité, en vertu de la *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19 (« L.c.v. »), et, d’autre part, l’interprétation de l’art. 2930 C.c.Q., qui renvoie à la prescription de droit commun de trois ans prévue à l’art. 2925 C.c.Q., lorsque le recours en dommages-intérêts est « fond[é] sur l’obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui ». Lorsque l’art. 2930 C.c.Q. s’applique, il écarte notamment l’application du délai de prescription de six mois prévu à l’art. 586 L.c.v.

## II. Le contexte

[4] En octobre 2010, Mme Maria Altagracia Dorval est assassinée par son ex-conjoint. Au cours des semaines précédentes, Mme Dorval s’est plainte en vain auprès des services policiers de la Ville de Montréal (« Ville ») après avoir fait l’objet de menaces de mort par son ex-conjoint. Les intimés, qui sont de proches parents de Mme Maria Altagracia Dorval (« parents »), avancent que les policiers auraient omis de faire le suivi approprié et d’assurer adéquatement la sécurité de Mme Dorval.

[5] En octobre 2013, les parents ont entrepris une poursuite contre la Ville en sa qualité de commettante des policiers qui auraient contribué par leur négligence au décès de Mme Dorval. Ils réclament des dommages-intérêts personnellement pour *solatium doloris*, frais funéraires et perte de soutien affectif. La Ville leur oppose dans une requête en irrecevabilité la prescription de leur recours suivant l’art. 586 L.c.v., qui prévoit que tout recours entrepris contre une municipalité se prescrit par six mois à compter du jour où le droit d’action a pris naissance. Elle soutient que les parents n’ont pas eux-mêmes subi d’atteinte à leur intégrité physique, soit un « préjudice corporel », et ne peuvent donc pas se prévaloir de l’art. 2930 C.c.Q. En réponse, les parents font valoir que leur action est fondée sur l’obligation de la Ville de réparer le préjudice corporel causé à la défunte, Mme Dorval, et que cette action se prescrit donc par trois ans.

[6] The Superior Court granted the motion to dismiss based on prescription of the action, but the Quebec Court of Appeal reversed that decision. The City urges us to reject the interpretation of art. 2930 C.C.Q. that has been endorsed by most of the authors and by the courts since the 1994 reform of the *Code*. For the reasons that follow, I am unable to do so. I will explain why.

### III. Judicial History

#### A. *Superior Court (2014 QCCS 4590)*

[7] The Quebec Superior Court judge granted the motion to dismiss on the basis that the family members' action was prescribed under s. 586 C.T.A. She therefore rejected their main argument that the cause of action was governed by a three-year prescriptive period by virtue of art. 2930 C.C.Q.

[8] The judge put the issue as follows: [TRANSLATION] “. . . absent any interference with the indirect collateral victims' own integrity (physical or psychological), can the injury suffered by them be characterized as bodily injury merely because the direct victim, in this case Ms. Dorval, suffered bodily injury?” (para. 10 (CanLII)).

[9] After considering the reasons of the minority of the Quebec Court of Appeal in *Montréal (Ville) v. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405, and the decisions in *Andrusiak v. Montréal (Ville)*, [2004] R.J.Q. 2655 (C.A.), in *Islamic Republic of Iran v. Hashemi*, 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567, and in *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269, the judge concluded that the respondents, as indirect victims, could not avail themselves of art. 2930 C.C.Q., because they had not themselves suffered any bodily injury as a result of Ms. Dorval's death. Rather, they had suffered moral and material injury, an action which was prescribed by six months from Ms. Dorval's death. Their action was therefore out of time and prescribed.

[6] Alors que la Cour d'appel du Québec a renversé la décision de la Cour supérieure qui avait accueilli la requête en irrecevabilité fondée sur la prescription du recours, la Ville nous invite à écarter l'interprétation de l'art. 2930 C.c.Q. retenue tant par la doctrine majoritaire que par la jurisprudence depuis la réforme du *Code* en 1994. Pour les motifs qui suivent, je ne peux m'y résoudre. Voici pourquoi.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure (2014 QCCS 4590)*

[7] D'avis que le recours des parents est prescrit suivant l'art. 586 L.c.v., la juge de la Cour supérieure du Québec accueille la requête en irrecevabilité. Elle rejette ainsi leur argument principal selon lequel le droit d'action est régi par la prescription de trois ans suivant l'art. 2930 C.c.Q.

[8] La juge formule comme suit la question en litige : « . . . en l'absence d'une atteinte à [leur] propre intégrité (physique ou psychique), le préjudice des victimes médiates “*par ricochet*” est-il qualifié de corporel du seul fait que la victime directe, en l'espèce, madame Dorval, a subi un préjudice corporel? » (par. 10 (CanLII) (en italique dans l'original)).

[9] Son analyse de l'opinion du juge minoritaire de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Montréal (Ville) c. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405, ainsi que des arrêts *Andrusiak c. Montréal (Ville)*, [2004] R.J.Q. 2655 (C.A.), *Islamic Republic of Iran c. Hashemi*, 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567, et *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, l'amène à conclure que les intimés, victimes par ricochet, ne peuvent se prévaloir de l'art. 2930 C.c.Q., puisqu'ils n'ont pas eux-mêmes subi de préjudice corporel en raison du décès de Mme Dorval. Ils ont plutôt subi un préjudice moral et matériel pour lequel le recours se prescrit par six mois à compter du décès de Mme Dorval. L'action est donc tardive et prescrite.

B. *Court of Appeal (2015 QCCA 1607)*

[10] Vézina, Savard and Schrager JJ.A. allowed the appeal and dismissed the motion to dismiss.

[11] Vézina J.A., writing for the court, began by noting that what was determinative was the interpretation of the words “an action . . . based on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another” in art. 2930 C.C.Q., and not just that of the expression “bodily injury” to which, in his view, the trial judge had limited herself.

[12] The Court of Appeal noted that the obligation referred to in the words in question is defined in art. 1457 C.C.Q., which, unlike art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada*, its predecessor, speaks of an “injury” rather than of “damage”. However, this change had not substantively altered the applicable law; in reality, the new provision had codified the existing law. Moreover, the majority in *Tarquini* had established the proper approach for the interpretation of art. 2930 C.C.Q.

[13] The Court of Appeal stated that it was necessary to characterize the injury suffered by the members of the deceased person’s family on the basis of its source rather than of its nature before finding that they were victims of the bodily injury caused to her. The moral or material injury they had suffered was merely a consequence of their family member’s death, which remained the source of the injury. Therefore, in the words of art. 2930 C.C.Q., the family members’ action was indeed based on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another. This meant that the three-year prescriptive period applied and that the action was not prescribed.

[14] The Court of Appeal added that an analysis of this Court’s decisions in *Schreiber*, in *Cinar Corp. v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168, and in *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, did not change the interpretation to be given to the exception provided for in art. 2930 C.C.Q. In its view, *Cinar* had

B. *Cour d’appel (2015 QCCA 1607)*

[10] Les juges Vézina, Savard et Schrager accueillent l’appel et rejettent la requête en irrecevabilité.

[11] Le juge Vézina, qui rédige les motifs au nom de la cour, souligne d’emblée que l’élément déterminant réside dans l’interprétation de l’énoncé « l’action [. . .] fondée sur l’obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui » figurant à l’art. 2930 C.c.Q. et non seulement des mots « préjudice corporel » auxquels s’en est tenue, selon lui, la juge de première instance.

[12] Selon la Cour d’appel, l’obligation visée dans cet énoncé est définie à l’art. 1457 C.c.Q., lequel parle désormais de « préjudice » plutôt que de « dommage », à la différence de l’art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada* qu’il a remplacé. Cette modification n’a toutefois pas eu pour effet de changer en substance le droit applicable; en réalité, le nouveau texte codifie le droit établi. De plus, les enseignements des juges majoritaires dans l’arrêt *Tarquini* établissent la démarche qui s’impose pour interpréter l’art. 2930 C.c.Q.

[13] La Cour d’appel précise qu’il faut qualifier le préjudice subi par les proches de la personne décédée selon sa source et non sa nature avant de conclure qu’ils sont victimes du dommage corporel causé à cette dernière. En effet, le préjudice moral ou matériel n’est qu’une répercussion du décès du membre de leur famille qui, lui, en demeure la source. Ainsi, suivant le libellé de l’art. 2930 C.c.Q., l’action des parents est bel et bien fondée sur l’obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui. C’est donc la prescription de trois ans qui s’applique, et l’action n’est pas prescrite.

[14] La Cour d’appel ajoute que l’analyse des décisions de la Cour dans *Schreiber*, dans *Cinar Corp. c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168, et dans *Kazemi (Succession) c. République islamique d’Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, ne change en rien l’interprétation qui s’impose à l’égard de l’exception prévue à l’art. 2930 C.c.Q. En

instead confirmed the new characterization of an injury — bodily, moral or material — on the basis of its source rather than of its nature.

#### IV. Analysis

[15] The central issue in this appeal is whether the action of the family members, who are claiming damages for, *inter alia*, *solatium doloris* as a result of Ms. Dorval's death, is "based on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another" within the meaning of art. 2930 C.C.Q. I conclude that it is. The action of the members of Ms. Dorval's family was not prescribed, contrary to what the City argues.

[16] I should make it clear at the outset that my conclusion on the interpretation of art. 2930 C.C.Q. and its application to this case cannot mean that each of the family members' heads of claim, including that of *solatium doloris*, corresponds to bodily injury in the strict sense in which that term is used in the *Code*. Thus, there is no question here of turning a moral or material injury into a bodily injury. What can be drawn from the Court's case law is that it was the interference with Ms. Dorval's physical integrity that constituted bodily injury (*Schreiber*, at paras. 62-64). Nonetheless, because the family members' action is based on the City's obligation to make reparation for bodily injury caused to Ms. Dorval and because the pecuniary and non-pecuniary consequences suffered by the family members were the immediate and direct result of the wrongful interference with Ms. Dorval's physical integrity, their action is prescribed by three years.

##### A. *Interpretation Adopted With Regard to Article 2930 C.C.Q.*

[17] Although the Court has never ruled on this issue, it must be recognized that Quebec authors and judges have always endorsed a large and liberal interpretation of art. 2930 C.C.Q., that is, one favourable to "indirect" victims of bodily injury. In my view, such an interpretation must prevail.

fait, elle affirme que l'arrêt *Cinar* vient plutôt confirmer la nouvelle qualification du préjudice — corporel, moral ou matériel — selon sa source plutôt que selon sa nature.

#### IV. Analyse

[15] La question au cœur du pourvoi est celle de savoir si le recours des parents qui réclament des dommages-intérêts entre autres pour *solatium doloris* par suite du décès de Mme Dorval est « fond[é] sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui » au sens de l'art. 2930 C.c.Q. Je réponds par l'affirmative. L'action des parents de Mme Dorval n'était pas prescrite, contrairement aux prétentions de la Ville.

[16] Je dois préciser d'emblée que ma conclusion relative à l'interprétation de l'art. 2930 C.c.Q. et à son application au présent litige ne saurait signifier que chacun des chefs de réclamation des parents, dont le *solatium doloris*, correspond à un préjudice corporel *stricto sensu* suivant le *Code*. Il ne s'agit donc pas en l'espèce de faire d'un préjudice moral ou matériel un préjudice corporel. Selon la jurisprudence de la Cour, c'est l'atteinte à l'intégrité physique de Mme Dorval qui constitue le préjudice corporel (*Schreiber*, par. 62-64). Malgré tout, puisque l'action des parents a pour fondement l'obligation de la Ville de réparer le préjudice corporel causé à Mme Dorval et que les conséquences pécuniaires et non pécuniaires subies par les parents sont la suite immédiate et directe de l'atteinte fautive à l'intégrité physique de Mme Dorval, l'action des parents se prescrit par trois ans.

##### A. *Interprétation retenue à l'égard de l'art. 2930 C.c.Q.*

[17] Même si la Cour ne s'est jamais prononcée sur la question, il faut reconnaître que la doctrine et la jurisprudence québécoises ont toujours préconisé une interprétation large et libérale de l'art. 2930 C.c.Q., à savoir une interprétation favorable aux victimes « par ricochet » d'un préjudice corporel. Je suis d'avis qu'une telle interprétation doit prévaloir.



[18] According to this interpretation, for the application of art. 2930 C.C.Q., the characterization of the heads of damages claimed by a victim matters little if the injury is the direct and immediate result of wrongful interference with the physical integrity of a person for which the party responsible for the interference has an obligation to make reparation. Despite any provision to the contrary, an action in which such damages are claimed is prescribed by three years because it is based on interference with a person's physical integrity. This has been the law in Quebec since the 1994 reform, as is confirmed by *Tarquini*, at paras. 176-85, 189 and 195 (per Otis J.A.), and at para. 103 (per Pelletier J.A.).

(1) *Tarquini*

[19] In that case, Ms. Tarquini, the widow of a cyclist who had died on a bicycle path in Montréal, alleged that the City's failure to properly maintain the path had led to her spouse's death. She therefore claimed damages for *solatium doloris*, loss of *consortium* and loss of support, and for funeral expenses. The City argued that the action, which had been instituted more than six months after the fatal accident, was prescribed under arts. 1090 and 1092 of the *Charter of the city of Montreal, 1960*, S.Q. 1959-60, c. 102. Ms. Tarquini contended that art. 2930 C.C.Q. negated this short prescriptive period, because her action was based on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another, namely the death of her spouse. The Superior Court rejected the City's argument that the action was prescribed. The Court of Appeal, per Pelletier and Otis J.J.A., affirmed that judgment. Chamberland J.A., dissenting, would have held that the action against the City was prescribed.

[20] In interpreting art. 2930 C.C.Q., Chamberland J.A. noted that there had been no interference with Ms. Tarquini's physical integrity. In his view, the only issue under art. 2930 C.C.Q. was whether Ms. Tarquini had, as an indirect victim, suffered bodily injury as a result of her husband's cycling accident. Because this was clearly not the case, art. 2930 C.C.Q. did not apply.

[18] Selon cette interprétation, pour l'application de l'art. 2930 C.c.Q., la qualification des chefs de dommages-intérêts réclamés par une victime importe peu si le préjudice est la suite directe et immédiate de l'atteinte fautive à l'intégrité physique d'une personne que le responsable de cette atteinte a l'obligation de réparer. Malgré toute disposition contraire, l'action par laquelle ces dommages-intérêts sont réclamés se prescrit par trois ans, puisqu'elle est fondée sur l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne. Il s'agit de l'état du droit au Québec depuis la réforme de 1994, comme le confirme l'arrêt *Tarquini*, par. 176-185, 189 et 195 (la juge Otis), et par. 103 (le juge Pelletier).

(1) *L'arrêt Tarquini*

[19] Dans cette affaire, la veuve d'un cycliste décédé sur une piste cyclable de Montréal, Mme Tarquini, reprochait à la Ville un défaut d'entretien qui avait entraîné le décès de son époux. Elle réclamait en conséquence des dommages-intérêts pour *solatium doloris*, perte de *consortium* et perte de soutien, ainsi que pour frais funéraires. La Ville plaidait que l'action entreprise plus de six mois après l'accident fatal était prescrite par application des art. 1090 et 1092 de la *Charte de la Ville de Montréal, 1960*, S.Q. 1959-60, c. 102. Mme Tarquini estimait pour sa part que l'art. 2930 C.c.Q. faisait échec à cette courte prescription, car son action était fondée sur l'obligation de réparer un préjudice corporel causé à autrui, soit le décès de son conjoint. La Cour supérieure rejette l'argument de la Ville selon lequel il y avait prescription. Saisie de l'appel, la Cour d'appel confirme le jugement par la voix des juges Pelletier et Otis. Dissident, le juge Chamberland aurait conclu que l'action contre la Ville était prescrite.

[20] Dans le cadre de son entreprise d'interprétation de l'art. 2930 C.c.Q., le juge Chamberland relève que Mme Tarquini n'a pas été atteinte dans son intégrité physique. Selon lui, l'art. 2930 C.c.Q. ne soulève que la question de savoir si en tant que victime par ricochet, Mme Tarquini a subi un préjudice corporel du fait de l'accident de vélo de son mari. Or, puisque ce n'est manifestement pas le cas, l'art. 2930 C.c.Q. ne s'applique pas.

[21] Pelletier J.A. disagreed with Chamberland J.A., as he found that it did not make sense to limit the use of the qualifier “bodily” to the immediate victim. He devoted a significant part of his analysis to the definition of bodily injury, a [TRANSLATION] “concept that encompasses all moral and material losses that are the direct, immediate or remote consequence of interference with a person’s physical integrity” (para. 101). He concluded that Ms. Tarquini’s action was not prescribed.

[22] Otis J.A. agreed with Pelletier J.A.’s conclusion, but she also addressed some other legal considerations. Otis J.A. expressed the view that the literal interpretation proposed by Chamberland J.A. was contrary not only to the words of the *Code*, but also to the philosophy that underlies it. That literal interpretation disregarded the legislature’s intent, given that the obligation to make reparation for any damage resulting from bodily injury is recognized in art. 2930 C.C.Q. While it is true that Otis J.A.’s reasoning differed from that of Pelletier J.A., the fact remains that their common conclusion, that indirect victims whose own physical integrity has not been interfered with can avail themselves of art. 2930 C.C.Q., has the full weight of a majority decision of the Court of Appeal.

[23] I agree with the interpretation of art. 2930 C.C.Q. that has prevailed since *Tarquini*, and particularly with Otis J.A.’s reasons, which, going beyond a literal interpretation, show that a large and liberal interpretation is consistent with the legislature’s objectives at the time of the article’s enactment. That interpretation, which I am adopting here, is in fact supported by a textual and contextual analysis of the legislative provision in question and is justified by concerns for consistency and stability in the law.

## (2) Textual Analysis

[24] Article 2930 C.C.Q. provides that “[n]otwithstanding any provision to the contrary, where an action is based on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another, the requirement . . . that the action be instituted within a period

[21] Le juge Pelletier se dit en désaccord avec le juge Chamberland, puisqu’il lui paraît illogique de réserver l’emploi du qualificatif « corporel » à la seule victime immédiate. Il consacre une partie importante de son analyse à la définition du préjudice corporel, un « concept qui englobe l’ensemble des pertes morales et matérielles qui sont la conséquence directe, immédiate ou distante, d’une atteinte à l’intégrité physique d’une personne » (par. 101). Il conclut que le recours de Mme Tarquini n’était pas prescrit.

[22] Même si elle adopte la conclusion du juge Pelletier, la juge Otis aborde d’autres considérations juridiques. Elle est d’avis que l’interprétation littérale proposée par le juge Chamberland va à l’encontre non seulement du texte du *Code*, mais aussi de la philosophie qui le sous-tend. Cette interprétation littérale ne tient pas compte de l’intention du législateur, puisque l’art. 2930 C.c.Q. reconnaît l’obligation de réparer tout dommage découlant d’un préjudice corporel. Même si le raisonnement de la juge Otis diffère de celui du juge Pelletier, il demeure que leur conclusion commune selon laquelle une victime par ricochet qui n’a pas elle-même subi une atteinte à son intégrité physique peut bénéficier de l’art. 2930 C.c.Q. jouit de toute l’autorité d’un arrêt majoritaire de la Cour d’appel.

[23] Je souscris à l’interprétation de l’art. 2930 C.c.Q. qui prévaut depuis cet arrêt et particulièrement aux motifs de la juge Otis qui, dépassant l’interprétation littérale, témoignent de la compatibilité d’une interprétation large et libérale avec les objectifs du législateur lors de l’adoption de cette disposition. Cette interprétation, que je reprends en l’espèce, se justifie en effet par une analyse textuelle et contextuelle de la disposition législative en cause, ainsi que par le souci d’assurer tant la cohérence et que la stabilité du droit.

## (2) Analyse textuelle

[24] L’article 2930 C.c.Q. prévoit que « [m]algré toute disposition contraire, lorsque l’action est fondée sur l’obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui, l’exigence [. . .] d’intenter [l’action] dans un délai inférieur à trois ans [. . .] ne peut faire

of less than 3 years . . . cannot affect a prescriptive period provided for in this Book.”

[25] The definition of the term “bodily injury” used in that article and the approach to be taken in characterizing the injury suffered by an “indirect victim” were argued at length by the parties. The different views of the parties can be explained by the fact that both in the cases and in the academic literature, in everyday language and in the parties’ factums, the term “bodily injury” (“*préjudice corporel*”) has been used to refer to various realities. For example, sometimes it is used to refer to interference with the right of another or, in this case, the effect of the wrongful act on Ms. Dorval’s physical integrity — her death. At other times it is used to refer to the consequences of such interference, that is, the pecuniary and non-pecuniary losses on the basis of which a claim for damages can be made both by the deceased victim and by the indirect victims. However, there can be no doubt that, when the term “bodily injury” is used in the *Code*, it necessarily refers to interference with a person’s physical integrity (*Schreiber*, at para. 64; *Andrusiak*, at para. 47). This interpretation is not in question.

[26] The issue instead relates to the interpretation of art. 2930 C.C.Q. as a whole, and specifically to the words “where an action is based on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another”. It is clear from these words that we must characterize the basis for the action in order to determine whether art. 2930 C.C.Q. applies to a particular case. The basis for the action corresponds here to the wrongful act that gave rise to interference with the deceased victim’s physical integrity, that is, to the bodily injury he or she suffered. This means that, for the purposes of this article, it is the nature of the initial interference rather than the head of damages being claimed that results in the injury being characterized as “bodily injury” and that constitutes the source or basis of the action.

[27] This interpretation of the words of art. 2930 C.C.Q. is consistent with the Quebec law of civil liability. In this context, the damages (or compensation) that must be paid to the victim by the person

échec au délai de prescription prévu par le présent livre. »

[25] Les parties ont longuement débattu de la définition du terme « préjudice corporel » mentionné à cet article et du mode de qualification du préjudice de la « victime par ricochet ». Ce débat s’explique par le fait que tant dans la jurisprudence que dans la doctrine, dans le langage courant et dans les mémoires des parties, le terme « préjudice corporel » renvoie à différentes réalités. Ainsi, il renvoie parfois à l’atteinte portée au droit d’autrui, soit, en l’espèce, l’effet de l’acte fautif sur l’intégrité physique de Mme Dorval — son décès. Il renvoie, d’autres fois, aux conséquences de cette atteinte, soit les pertes pécuniaires et non pécuniaires susceptibles d’une réclamation pour dommages-intérêts tant par la victime décédée que par les victimes par ricochet. Pourtant, il est indéniable que lorsque le terme « préjudice corporel » est employé dans le *Code*, il fait nécessairement référence à une atteinte à l’intégrité physique d’une personne (*Schreiber*, par. 64; *Andrusiak*, par. 47). Cette interprétation n’est pas remise en question.

[26] Le débat porte plutôt sur l’interprétation de l’art. 2930 C.c.Q. dans son ensemble et, plus précisément, sur l’énoncé « lorsque l’action est fondée sur l’obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui ». Cet énoncé nous invite clairement à qualifier le fondement de l’action intentée pour décider de l’application de l’art. 2930 C.c.Q. à un cas d’espèce. Le fondement de l’action correspond alors à l’acte fautif générateur de l’atteinte à l’intégrité physique de la victime décédée, soit le préjudice corporel subi. C’est donc dire que, pour l’application de cet article, c’est la nature de l’atteinte initiale plutôt que le chef de dommages-intérêts réclamé qui qualifie de corporel le préjudice et qui constitue la source ou le fondement de l’action.

[27] Une telle interprétation du libellé de l’art. 2930 C.c.Q. est conforme au droit québécois de la responsabilité civile. En cette matière, les dommages-intérêts (ou l’indemnité) que doit verser l’auteur de

who committed the wrongful act remedy the consequences (according to the heads of damages being claimed) of that interference with the victim's rights or property that are an immediate and direct result of the interference. This Court has recognized that, where the interference and its consequences have been suffered by the same person, it is the initial wrongful interference or breach, rather than the consequences flowing from that interference or breach, that serves to characterize the injury that has been suffered (*Cinar*, at para. 102). According to art. 1457 C.C.Q., the injury may be bodily, moral or material in nature. The wrongful interference may therefore be either with a person's physical or mental integrity or with his or her material assets.

[28] The wrongful interference may have various consequences, depending on the profile and characteristics of the victims. The consequences may be pecuniary or non-pecuniary. These two types of consequences are sometimes characterized as material injury in the former case, and moral injury in the latter. This use of the word "injury" to refer both to material or moral wrongful interference and to the heads of damages that can be claimed contributes to the confusion that exists over the word's meaning.

[29] The consequences of wrongful interference are compensable only if they are related directly and immediately to that interference. Judges and authors often use the term "indirect victim" to describe, for example, a member of the family of a deceased victim or "the direct victim" who seeks reparation for *solatium doloris* or under any other head of damages. This reflects the situation in the instant case. However, the victims, the creditors of the obligation, must show that their injury, whatever it may be, is an immediate and direct result of the fault of a person, namely the debtor of the obligation (arts. 1457 and 1607 C.C.Q.). The need to prove this causal link means that the debtor's obligation to pay compensation to the creditor is limited to the direct and immediate consequences of his or her wrongful act. If the victims can discharge this burden of proof, then they are in actual fact direct victims. From this standpoint, I consider it inappropriate to characterize these victims as "indirect victims" other than for the purpose

l'acte fautif à sa victime réparent les conséquences (selon les chefs de dommages-intérêts réclamés) de cette atteinte aux droits ou aux biens de cette personne, qui en sont une suite immédiate et directe. Notre Cour a reconnu que, dans le cas où l'atteinte et ses conséquences sont subies par la même personne, c'est l'atteinte fautive ou la violation initiale, plutôt que les conséquences de cette atteinte ou de cette violation, qui permet de qualifier le préjudice subi (*Cinar*, par. 102). Selon l'art. 1457 C.c.Q., le préjudice subi peut être corporel, moral ou matériel. C'est donc dire qu'il peut y avoir atteinte fautive tant à l'intégrité physique ou morale d'une personne qu'à ses biens matériels.

[28] L'atteinte fautive peut entraîner différentes conséquences, selon le profil et les caractéristiques des victimes. Ces conséquences sont d'ordre pécuniaire ou non pécuniaire. Ces deux types de conséquences sont parfois qualifiés de préjudice matériel, dans le cas du premier, et de préjudice moral, dans le cas du second. Cet emploi du terme « préjudice » pour désigner à la fois l'atteinte fautive matérielle ou morale et les chefs de dommages-intérêts susceptibles d'être réclamés contribue à la confusion sur la signification de ce terme.

[29] Les conséquences d'une atteinte fautive ne sont indemnisables que si elles sont liées de façon directe et immédiate à l'atteinte fautive. La jurisprudence et la doctrine recourent souvent aux termes « victime par ricochet » et « victime indirecte » pour qualifier, à titre d'exemple, un proche d'une victime décédée ou de « la victime directe », qui sollicite une réparation pour *solatium doloris* ou pour tout autre chef de dommages-intérêts. Telle est la situation en l'occurrence. Cependant, les victimes, créancières de l'obligation, doivent démontrer que leur préjudice, quel qu'il soit, est une suite immédiate et directe de la faute d'une personne, soit la débitrice de l'obligation (art. 1457 et 1607 C.c.Q.). La nécessité de prouver ce lien de causalité fait en sorte que la débitrice poursuivie n'a l'obligation d'indemniser la créancière que des conséquences directes et immédiates de son acte fautif. Si elles peuvent s'acquitter de ce fardeau de preuve, les victimes sont alors bel et bien des victimes directes. En ce sens, il

of drawing a distinction between different creditors of the obligation to make reparation for bodily injury caused to another.

[30] In short, wrongful interference, whether bodily, material or moral in nature, remains the basis for the civil liability action, and the consequences of the interference are crystallized in the heads of damages being claimed. A victim of wrongful interference with his or her physical integrity and any other victim who also suffers immediate and direct consequences of that interference will be able to claim damages for their pecuniary or non-pecuniary losses under heads alleged in an action based on that same wrongful interference.

[31] In the instant case, the family members allege that the fault of the City, namely the inaction of its police officers, contributed to Ms. Dorval's death. In their view, that wrongful act gave rise to interference with Ms. Dorval's physical integrity that then had direct and immediate consequences for her loved ones or, more specifically, caused losses that were both pecuniary (funeral expenses) and non-pecuniary (*solatium doloris* and loss of emotional support) in nature. Because the family members' action is based on the City's alleged obligation to make reparation for bodily injury caused to Ms. Dorval, the three-year prescriptive period under arts. 2925 and 2930 C.C.Q. applies to it.

### (3) Contextual Analysis

[32] The interpretation of a legislative provision must go beyond a consideration of the words of the provision to further the legislature's objectives (*Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, s. 41). It is therefore necessary to stand back from the words used in order to analyze the scheme and purpose of the provision (P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at pp. 411-12 and 421-22). This does not mean that the words are to be disregarded; rather, it means that "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the

m'apparaît inapproprié, sauf aux fins de distinction entre les créanciers de l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui, de qualifier ces victimes de « victimes indirectes ».

[30] En somme, l'atteinte fautive, qu'elle soit de nature corporelle, matérielle ou morale, demeure le fondement du recours en responsabilité civile, et les conséquences de cette atteinte sont cristallisées par les chefs de dommages-intérêts réclamés. Pour la victime d'une atteinte fautive à son intégrité physique et pour toute autre victime qui subit également des conséquences immédiates et directes de cette atteinte, il leur sera possible de réclamer leurs pertes pécuniaires ou non pécuniaires en fonction des chefs de dommages-intérêts allégués dans une action fondée sur la même atteinte fautive.

[31] En l'espèce, selon les parents, la faute de la Ville, c'est-à-dire l'inaction de ses policiers, aurait contribué au décès de Mme Dorval. Cet acte fautif aurait engendré l'atteinte à l'intégrité physique de Mme Dorval qui aurait alors entraîné des conséquences directes et immédiates pour ses proches, soit plus précisément des pertes d'ordre pécuniaire (les frais funéraires) et non pécuniaire (*solatium doloris* et perte de soutien affectif). Comme ils fondent leur recours sur l'obligation qu'aurait la Ville de réparer le préjudice corporel causé à Mme Dorval, les parents bénéficient de la prescription de trois ans suivant les art. 2925 et 2930 C.c.Q.

### (3) Analyse contextuelle

[32] L'interprétation d'une disposition législative doit, au-delà de l'attention portée à son libellé, favoriser la réalisation des objectifs du législateur (*Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 41). Il faut donc se détacher du texte pour analyser son économie et son objet (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et de M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009), nos 1418-1420 et 1451-1452). Il ne faut pas pour autant faire abstraction du texte de loi, mais plutôt lire [TRADUCTION] « les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'[économie] de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur »

scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of [the legislature]” (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

[33] Article 2930 C.C.Q. is one of a set of legislative provisions (with, for example, arts. 1474 and 1609 C.C.Q.) that were enacted to better protect the integrity of the person and to ensure full compensation for those whose personal integrity has been interfered with (see e.g. *Tarquini*, at paras. 174-75 and 180 (per Otis J.A.); Gervais, at pp. 38-40). In his commentary on this article, the Minister of Justice stated that [TRANSLATION] “[i]ts purpose is . . . to better protect the fundamental right to integrity and, where integrity is interfered with, the right to reparation” (Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), at p. 1838). These objectives were expressly recognized by this Court in *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, in which Gonthier J. stated that “the legislature’s intention in the new Code [is] to ensure that fair compensation is provided for bodily injury, which is a form of interference with a person’s physical integrity” (para. 30). He went on to note that art. 2930 C.C.Q. is just an expression of the legislature’s support for protection of the physical integrity of the person as a fundamental value of the *Code* (arts. 3 and 10) and the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 (s. 1).

[34] In the context of prescription, therefore, where the application of art. 2930 C.C.Q. is concerned, it is the right to physical integrity that corresponds to the interest the legislature is seeking to protect. This article also encompasses the right to reparation for all immediate and direct consequences that flow from such interference with physical integrity.

[35] In the instant case, the family members’ civil liability action is based on Ms. Dorval’s death, which allegedly resulted from the City’s wrongful act. In other words, it is claimed that the City has an obligation to make reparation for the interference with physical integrity it allegedly caused to Ms. Dorval, which is alleged to also include all pecuniary and

(*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87).

[33] L’article 2930 C.c.Q. fait partie d’un ensemble de dispositions législatives (à titre d’exemple, les art. 1474 et 1609 C.c.Q.) adoptées afin de mieux protéger l’intégrité de la personne et d’assurer la pleine indemnisation des victimes d’atteinte à cette intégrité (voir notamment *Tarquini*, par. 174-175 et 180 (la juge Otis); Gervais, p. 38-40). Dans ses commentaires sur cet article, le ministre de la Justice déclare qu’« [i]l vise [. . .] à mieux assurer la protection du droit fondamental à l’intégrité et, au cas où celle-ci est atteinte, la protection du droit à la réparation » (ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), p. 1838). Notre Cour a déjà reconnu expressément ces objectifs dans l’arrêt *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862. Le juge Gonthier y affirme que « l’intention du législateur dans le nouveau Code [est] d’assurer une juste indemnisation du préjudice corporel, lequel constitue une atteinte à l’intégrité physique de la personne » (par. 30). Il poursuit en soulignant que l’art. 2930 C.c.Q. n’est que l’expression de la faveur qu’accorde le législateur à la protection de l’intégrité physique de la personne en tant que valeur fondamentale du *Code* (art. 3 et 10) et de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (art. 1).

[34] Ainsi, en matière de prescription, par l’application de l’art. 2930 C.c.Q., c’est le droit à l’intégrité physique qui correspond à l’intérêt que le législateur veut protéger. De même, il englobe le droit à la réparation pour toutes les conséquences immédiates et directes qui découlent de cette atteinte à l’intégrité physique.

[35] En l’espèce, le fondement de l’action en responsabilité civile des parents est le décès de Mme Dorval, lequel résulterait de l’acte fautif de la Ville. Autrement dit, la Ville aurait l’obligation de réparer l’atteinte à l’intégrité physique qu’elle aurait causée à Mme Dorval, ce qui inclurait également l’ensemble des conséquences pécuniaires et non

non-pecuniary consequences that are a direct and immediate result of that interference regardless of whether they were suffered by Ms. Dorval or by other victims. The three-year prescriptive period applies to the family members' action, which was therefore not prescribed at the time it was filed.

(4) Other Considerations

(a) *Consistency in the Law*

[36] My proposed interpretation of art. 2930 C.C.Q. favours consistency in the law, which is a legitimate concern for an interpreter (Côté, at p. 267). If the article were interpreted narrowly, as the City proposes, the effect would be that different prescriptive periods would be applicable to civil liability actions brought by victims who suffered direct and immediate consequences of the same wrongful act. The direct victim would have three years to institute an action, whereas all other victims — despite being “direct” victims of the wrongful interference — would have to act within six months. Such a situation would be contrary to common sense.

[37] Indeed, this is why, even in the context of the *Civil Code of Lower Canada*, the Privy Council refused in *Regent Taxi and Transport Co. v. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1932] A.C. 295, to recognize the application of different prescriptive periods depending on whether the action was instituted by the victim of bodily injuries or by a third party whose action for material damages was based on the bodily injuries caused to the victim:

... the present action, being an action to recover damages caused to the community by the wrongful infliction of bodily injuries upon the Brother, is an action for bodily injuries within the meaning of art. 2262(2) and was “prescribed by one year” under that article. Indeed, it would be strange if it were otherwise; for the result then would be (still upon the hypothesis that the community has a right of action under art. 1053) that in the case of a wrongful infliction of bodily injuries, the physical victim must sue within one year while third parties may take twice as long before asserting their claims. Their

pecuniaires qui en sont une suite directe et immédiate, que celles-ci aient été subies par Mme Dorval ou par d'autres victimes. L'action des parents bénéficie du délai de prescription de trois ans et n'était donc pas prescrite au moment de son dépôt.

(4) Autres considérations

a) *La cohérence du droit*

[36] L'interprétation de l'art. 2930 C.c.Q. que je préconise permet d'assurer la cohérence du droit, ce qui constitue un souci légitime de l'interprète (Côté, n° 965). Interpréter restrictivement cet article, comme le propose la Ville, ferait en sorte que des délais de prescription différents s'appliquent aux recours en responsabilité civile des victimes ayant subi les conséquences directes et immédiates d'un même acte fautif. La victime directe bénéficierait d'un délai de trois ans pour entreprendre son recours, alors que toutes les autres victimes — bien que « directes » quant à l'atteinte fautive — devraient agir dans un délai de six mois. Une telle situation répugne au sens commun.

[37] C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, même au regard du *Code civil du Bas-Canada*, dans l'affaire *Regent Taxi and Transport Co. c. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1932] A.C. 295, le Conseil privé a refusé de reconnaître l'application de délais de prescription différents selon que l'action était entreprise par la victime ayant subi des blessures corporelles ou par un tiers dont le recours pour dommages matériels était fondé sur le préjudice corporel causé à celle-ci :

[TRADUCTION] ... la présente action, qui vise l'indemnisation du préjudice subi par la communauté par suite de l'infliction fautive de blessures corporelles au frère, constitue une action pour lésions ou blessures corporelles au sens du par. 2262(2) et elle « se prescrit par un an » suivant cette disposition. Il serait en effet curieux qu'il en aille autrement, car dès lors (à supposer, toujours, que l'art. 1053 reconnaisse à la communauté un droit d'action), advenant l'infliction fautive de lésions ou blessures corporelles, la personne physique victime doit poursuivre dans l'année, alors qu'un tiers dispose

Lordships find it impossible to suggest any plausible reason why this should be so. [Emphasis added; pp. 302-3.]

[38] The large and liberal interpretation of art. 2930 C.C.Q. that I favour offers a solution that is both consistent and fair. All victims who suffer direct and immediate consequences of the same wrongful interference must have the same period of extinctive prescription to institute their actions (*Congrégation des Petits Frères de Marie; Tarquini*, at paras. 178 and 191 (per Otis J.A.); *Lepage v. Méthot*, [2003] R.J.Q. 861 (Que. Sup. Ct.), at para. 37; J.-L. Baudouin, P. Deslauriers and B. Moore, *La responsabilité civile* (8th ed. 2014), at Nos. 1-324 and 1-1311).

[39] Such an interpretation also facilitates access to justice for those who suffer consequences that are the immediate and direct result of wrongful interference with a person's physical integrity. It gives everyone the time needed to gather the necessary information and institute a civil liability action in a timely manner against the person who committed the interference.

(b) *Stability in the Law*

[40] Finally, it can be seen from both the academic literature and the case law that a large and liberal interpretation of art. 2930 C.C.Q. has prevailed in Quebec civil law since *Tarquini*.

[41] Professors Baudouin, Deslauriers and Moore subscribe to this interpretation. More specifically, they note that, even though [TRANSLATION] “where a person has died, an indirect victim who brings a direct personal action has suffered no bodily injury in the strict sense . . . it can be argued that the characterization must be based on the initial interference” (No. 1-324 (footnote omitted)). They add the following: “Because the action ultimately exists only as a result of bodily injury suffered by the deceased, the members of his or her family necessarily suffer such injury” (*ibid.*).

d'un délai deux fois plus long pour faire valoir ses droits. Leurs Seigneuries se trouvent dans l'impossibilité d'avancer quelque justification plausible d'une telle situation. [Je souligne; p. 302-303.]

[38] L'interprétation large et libérale de l'art. 2930 C.c.Q. que je privilégie offre une solution à la fois cohérente, équitable et juste. Toutes les victimes qui subissent les conséquences directes et immédiates d'une même atteinte fautive doivent bénéficier du même délai de prescription extinctive pour entreprendre leur recours (*Congrégation des Petits Frères de Marie; Tarquini*, par. 178 et 191 (la juge Otis); *Lepage c. Méthot*, [2003] R.J.Q. 861 (C.S. Qc), par. 37; J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité civile* (8<sup>e</sup> éd. 2014), n<sup>os</sup> 1-324 et 1-1311).

[39] Une telle interprétation est également de nature à faciliter l'accès à la justice des victimes de conséquences qui sont la suite immédiate et directe d'une atteinte fautive à l'intégrité physique d'une personne. Elle accorde en effet à tous le temps nécessaire pour colliger l'information voulue et entreprendre en temps utile une action en responsabilité civile contre l'auteur de l'atteinte.

b) *La stabilité du droit*

[40] Enfin, il appert de la doctrine et de la jurisprudence que l'interprétation large et libérale de l'art. 2930 C.c.Q. est celle retenue en droit civil québécois depuis l'arrêt *Tarquini*.

[41] Les professeurs Baudouin, Deslauriers et Moore souscrivent à cette interprétation. Plus précisément, ils soulignent que même si « la victime par ricochet d'une personne décédée qui intente une action personnelle directe ne subit pas de préjudice corporel *stricto sensu* [. . .], il peut être argumenté que la qualification doit être faite en fonction de l'atteinte première » (n<sup>o</sup> 1-324 (note en bas de page omise)). Ils ajoutent : « Puisque le recours n'existe à la base qu'en raison d'un préjudice corporel subi par le *de cuius*, ses proches en subissent nécessairement un » (*ibid.*).



[42] Professor Daniel Gardner is of the same view (D. Gardner, *Le préjudice corporel* (4th ed. 2016), at No. 24). He takes the reasoning even further, asserting that [TRANSLATION] “the pain felt on being told of a loved one’s death can no longer, legally speaking, be characterized as a moral injury, but is in fact one of the components of the bodily injury” (No. 652 (emphasis deleted)). He justifies this assertion by saying that “[t]he initial interference (in this case a death) dictates the characterization that applies to all of its consequences, both pecuniary and non-pecuniary” (*ibid.* (emphasis deleted)).

[43] Louis Turgeon-Dorion agrees with the majority in *Tarquini*, and in particular with Otis J.A. (L. Turgeon-Dorion, “La qualification du préjudice en droit civil québécois” (2015), 49 *R.J.T.U.M.* 133, at p. 185). Like Professor Gardner, he is of the view that, more broadly, an injury must be characterized on the basis of its source or of the subject of the interference, not of the pecuniary or non-pecuniary nature of the consequences of the interference (p. 156).

[44] Furthermore, the judicial decisions since the enactment of art. 2930 C.C.Q. support the interpretation I am proposing (see *Fils-Aimé v. Montréal (Ville)*, 2003 CanLII 19812 (C.Q.), at para. 19; *Gasse v. Québec (Ville)*, 2004 CanLII 4468 (C.Q.), at paras. 12-14; *Tremblay v. Lapointe*, [2004] R.R.A. 854 (Sup. Ct.), at paras. 267-68; *Arcand v. Beaumier*, 2012 QCCS 2667, at paras. 19-20 (CanLII); *Lepage; Harvey v. Trois-Rivières (Ville)*, 2006 QCCS 3192).

[45] For example, in *Lepage*, the parents of a child who had died in a fire claimed damages from the city of Rimouski, which countered that the six-month prescriptive period provided for in s. 586 C.T.A. had expired. The judge embraced the reasoning of the majority in *Tarquini* and applied art. 2930 C.C.Q. in the parents’ favour. He interpreted that article [TRANSLATION] “as protecting by way of a three-year prescriptive period the actions of all those who, as a result of bodily injury caused to a person, have themselves suffered moral or material injury” (para. 42).

[42] Le professeur Daniel Gardner est du même avis (D. Gardner, *Le préjudice corporel* (4<sup>e</sup> éd. 2016), n<sup>o</sup> 24). Il pousse même le raisonnement en affirmant que « la douleur ressentie à l’annonce du décès d’un proche ne peut plus, juridiquement, être qualifiée de préjudice moral mais constitue bel et bien une des composantes du préjudice corporel » (n<sup>o</sup> 652 (italique omis)). Il justifie cette affirmation par le fait que « [l]’atteinte initiale (ici un décès) dicte la qualification applicable à toutes les conséquences, pécuniaires et non pécuniaires, qui en découlent » (*ibid.* (italique omis)).

[43] L’auteur Louis Turgeon-Dorion se range à l’avis des juges majoritaires dans l’arrêt *Tarquini* et, plus particulièrement, à celui de la juge Otis (L. Turgeon-Dorion, « La qualification du préjudice en droit civil québécois » (2015), 49 *R.J.T.U.M.* 133, p. 185). Comme le professeur Gardner, il estime aussi que, de façon plus générale, le préjudice doit être qualifié en fonction de sa source ou de l’objet de l’atteinte, et non de la nature pécuniaire ou non pécuniaire des conséquences de cette atteinte (p. 156).

[44] De plus, les décisions judiciaires rendues depuis l’adoption de l’art. 2930 C.c.Q. appuient l’interprétation que je propose (voir *Fils-Aimé c. Montréal (Ville)*, 2003 CanLII 19812 (C.Q.), par. 19; *Gasse c. Québec (Ville)*, 2004 CanLII 4468 (C.Q.), par. 12-14; *Tremblay c. Lapointe*, [2004] R.R.A. 854 (C.S.), par. 267-268; *Arcand c. Beaumier*, 2012 QCCS 2667, par. 19-20 (CanLII); *Lepage; Harvey c. Trois-Rivières (Ville)*, 2006 QCCS 3192).

[45] À titre d’exemple, dans l’affaire *Lepage*, les parents d’un enfant décédé dans un incendie réclamaient des dommages-intérêts à la Ville de Rimouski, et celle-ci leur opposait l’expiration du délai de prescription de six mois prévu par l’art. 586 L.c.v. Le juge se rallie au raisonnement des juges majoritaires dans l’arrêt *Tarquini* et applique l’art. 2930 C.c.Q. en faveur des parents. Il interprète cet article « comme protégeant par une prescription de trois ans les recours de tous ceux qui, à la suite du préjudice corporel causé à une personne, en auront eux-mêmes subi un préjudice moral ou matériel » (par. 42).

[46] Similarly, in *Harvey*, the mother of two children who had died in a fire claimed damages from the city of Trois-Rivières, alleging that its fire department had been negligent. The city argued that the action was prescribed because of the expiration of the six-month prescriptive period under s. 586 C.T.A. In ruling on the application of art. 2930 C.C.Q., the judge stated that he [TRANSLATION] “[saw] no valid reason to depart from the majority in *Tarquini*” (para. 22 (CanLII)). As a result, he found that the plaintiff, even in the absence of interference with her own physical integrity, was an indirect victim of bodily injury, namely the death of her children, and that she could on that basis avail herself of art. 2930 C.C.Q. and the three-year prescriptive period.

[47] In the case at bar, the City is calling the state of the law into question, but it is in my view preferable to ensure the stability of the law, particularly where the state of the law favours the achievement of the objectives of the legislature, which, it should be added, has never moved to amend art. 2930 C.C.Q. since *Tarquini* was decided in 2001. The legislature could very well have amended that article if the courts’ interpretation did not reflect its true intent.

B. *Interpretation Proposed by the City of Montréal*

[48] The theory advanced by the City essentially restates the reasons of the dissenting judge in *Tarquini*. It differs primarily because of a narrow textual approach that is limited solely to the concept of “bodily injury” and that disregards the full meaning of the words in art. 2930 C.C.Q. in which that expression is found (“action . . . based on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another”).

[49] I believe that this approach is contrary to the intent of the legislature, which saw the 1994 reform of the *Code*, and more specifically the adoption of the wording of art. 2930 C.C.Q., as the best way to facilitate the exercise of certain recourses by simplifying the rules on prescription. The enactment of

[46] Dans le même sens, dans l’affaire *Harvey*, la mère de deux enfants décédés lors d’un incendie réclamait des dommages-intérêts à la Ville de Trois-Rivières, alléguant la négligence du service d’incendie. La Ville de Trois-Rivières a invoqué la prescription du recours, le délai de six mois imparti à l’art. 586 L.c.v. ayant expiré. Appelée à se prononcer sur l’application de l’art. 2930 C.c.Q., le juge déclare qu’il « ne voit pas de raison valable de s’écarter de la majorité dans *Tarquini* » (par. 22 (CanLII)). Il conclut donc que la demanderesse, même en l’absence d’une atteinte à sa propre intégrité physique, est victime par ricochet d’un préjudice corporel, soit le décès de ses enfants, et qu’à ce titre, elle peut bénéficier de l’art. 2930 C.c.Q. et du délai de prescription de trois ans.

[47] Dans la présente affaire, la Ville remet en question l’état du droit, mais il est préférable selon moi d’en assurer la stabilité, particulièrement lorsqu’il favorise la réalisation des objectifs du législateur, lequel n’est d’ailleurs jamais intervenu depuis l’arrêt *Tarquini* en 2001 pour modifier l’art. 2930 C.c.Q. Il aurait très bien pu modifier la disposition si l’interprétation des tribunaux n’avait pas reflété sa véritable intention.

B. *Interprétation proposée par la Ville de Montréal*

[48] La théorie avancée par la Ville reprend essentiellement les motifs du juge dissident dans *Tarquini*. Elle se distingue principalement par une approche textuelle étroite qui s’en tient à la seule notion de « préjudice corporel » et qui occulte le sens global de l’énoncé de l’art. 2930 C.c.Q. dans lequel ces mots figurent (« action [. . .] fondée sur l’obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui »).

[49] J’estime qu’une telle approche trahit la volonté du législateur, car ce dernier voyait dans la réforme du *Code* en 1994, et plus précisément, dans l’adoption du libellé de l’art. 2930 C.c.Q., le meilleur moyen de faciliter l’exercice de certains recours par la simplification des règles relatives à

art. 2930 C.C.Q. signalled the application of a general rule that the prescriptive period is three years to actions based on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another, whereas a shorter period had previously applied to most actions against a municipality. In my opinion, this change in the law cannot be disregarded. Having regard to the intention expressed by the legislature, it would be difficult to accept that the unfairness the legislature sought to remedy for a victim whose physical integrity has been interfered with could persist in the case of a victim who has suffered consequences of that interference with the physical integrity of another person that was caused by the same wrongful act committed by the same person in the same circumstances.

[50] To my mind, such a situation would be incoherent, and indeed, it has led some proponents of a restrictive interpretation of art. 2930 C.C.Q. to suggest that the legislature should intervene to remedy this unfair situation (*Tarquini*, at para. 47 (per Chamberland J.A.)). I find that what I consider to be the correct interpretation is consistent with the legislature's intent and does not require its intervention. In addition, this interpretation accords with what Gonthier J. stated about the preliminary provision of the *Code in Verdun*:

This provision explicitly states that the *Civil Code* is the *jus commune* of Quebec. Thus, unlike statute law in the common law, the *Civil Code* is not a law of exception, and this must be taken into account in interpreting it. It must be interpreted broadly so as to favour its spirit over its letter and enable the purpose of its provisions to be achieved. (In this regard, see: J.-L. Bergel, "Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation", in *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992, supra*, 3.) [para. 15]

[51] Finally, the City wrongly cites the Court's decisions in *Kazemi* and *Schreiber* in support of its position. Those decisions are of no assistance in the case at bar, as in both of them the meaning of "bodily injury" ("*préjudice corporel*") was discussed in a context other than the interpretation of art. 2930 C.C.Q.

la prescription. L'adoption de l'art. 2930 C.c.Q. signale l'application de la règle générale du délai de prescription de trois ans dans le cas des recours fondés sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui, alors que, précédemment, un délai de prescription plus court valait pour la plupart des recours entrepris contre une municipalité. On ne peut selon moi ignorer cette évolution du droit. Vu sous l'angle de l'intention exprimée par le législateur, il serait difficile d'accepter que l'injustice à laquelle ce dernier a voulu remédier dans le cas de la victime d'une atteinte à son intégrité physique puisse se poursuivre dans le cas de la victime qui subit les conséquences de cette atteinte à autrui, causée par le même acte fautif commis par le même auteur dans les mêmes circonstances.

[50] Il y a là selon moi une incohérence qui a d'ailleurs amené certains tenants de l'interprétation restrictive de l'art. 2930 C.c.Q. à souhaiter l'intervention du législateur pour remédier à cette situation injuste (*Tarquini*, par. 47 (le juge Chamberland)). J'estime que l'interprétation que je tiens pour correcte s'harmonise avec l'intention du législateur et ne requiert pas son intervention. L'interprétation s'accorde bien aussi avec les propos du juge Gonthier portant sur la disposition préliminaire du *Code*, dans *Verdun* :

Cette disposition édicte en termes explicites que le *Code civil* constitue le droit commun du Québec. Ainsi, contrairement au droit d'origine législative des ressorts de common law, le *Code civil* n'est pas un droit d'exception et son interprétation doit refléter cette réalité. Il doit recevoir une interprétation large qui favorise l'esprit sur la lettre et qui permette aux dispositions d'atteindre leur objet. (À ce sujet, voir : J.-L. Bergel, « Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992, op. cit.*, 3.) [par. 15]

[51] Enfin, la Ville s'appuie à tort sur les arrêts *Kazemi* et *Schreiber* de la Cour pour justifier sa position. Ces arrêts ne sont d'aucun secours en l'espèce car les deux définissent le terme « préjudice corporel » hors du cadre de l'interprétation de l'art. 2930 C.c.Q.

[52] In *Kazemi*, LeBel J. stated that “[t]he ‘*préjudice corporel*’ will not, however, extend to those who, although close to the victim, experienced a ‘*préjudice moral*’ (mental injury) with no physical breach” (para. 77). In my opinion, the appeal cannot be decided on the basis of that *obiter dictum*.

[53] In *Kazemi*, the Court was interpreting the “bodily injury” concept in a very different and specific legislative context, that of s. 6 of the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18. That section provided that a foreign state was not immune from the jurisdiction of a court in proceedings that related to a death or to personal or bodily injury that had occurred in Canada. The son of a torture victim who had died in Iran was seeking redress for his own injury — psychological consequences — which he characterized as personal or bodily injury. However, the section in issue provided that for this exception to apply, the interference with physical integrity had to have occurred in Canada, which was clearly not the case. Moreover, the son had not argued that his action was based on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another as required by art. 2930 C.C.Q., but had instead argued that his own injury was personal or bodily injury. The parties’ arguments were therefore different, as was the basis for the action (see *Kazemi*, at paras. 74-78; Gardner, at Nos. 24-26; Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 1-324). Clearly, *Kazemi* does not call into question the conclusion of the majority of the Quebec Court of Appeal in *Tarquini*.

[54] As for *Schreiber*, it is of no assistance in resolving the issue in this appeal. In it, this Court defined the concept of “bodily injury” (“*préjudice corporel*”) and, as I mentioned above, that definition remains relevant. However, *Schreiber* was not concerned with interpreting art. 2930 C.C.Q. and with what must be characterized — within the meaning of that article and for the purposes of its application — as an action based on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another, that is, an action based on the interference with Ms. Dorval’s physical integrity and not the heads of damages claimed by the family members.

[52] Dans l’arrêt *Kazemi*, le juge LeBel affirme que « [l]e “préjudice corporel” n’englobe toutefois pas les personnes qui, malgré leur proximité avec la victime, n’ont subi qu’un “préjudice moral” sans qu’il soit porté atteinte à leur intégrité physique » (par. 77). Cet *obiter* ne permet pas selon moi de trancher le pourvoi.

[53] Dans cette affaire, il s’agissait d’interpréter le terme « préjudice corporel » dans un contexte législatif tout à fait distinct et spécifique, soit l’art. 6 de la *Loi sur l’immunité des États*, L.R.C. 1985, c. S-18. Cet article prévoit qu’un État étranger ne bénéficie pas de l’immunité de juridiction dans le cadre d’une action découlant d’un décès ou de dommages corporels survenus au Canada. Le fils d’une victime de torture décédée en Iran sollicitait la réparation de son propre préjudice — des conséquences d’ordre psychologique — qu’il qualifiait de corporel. Or, suivant la disposition en cause, l’atteinte à l’intégrité physique devait survenir au Canada pour que cette exception s’applique, ce qui n’était manifestement pas le cas. De plus, le fils n’avait pas plaidé que son recours était fondé sur l’obligation de réparer un préjudice corporel causé à autrui, tel que le prévoit l’art. 2930 C.c.Q., mais avait plutôt avancé que son propre préjudice était de nature corporelle. Ainsi, les prétentions des parties étaient différentes, tout comme le fondement du recours (voir *Kazemi*, par. 74-78; Gardner, n<sup>os</sup> 24-26; Baudouin, Deslauriers et Moore, n<sup>o</sup> 1-324). Manifestement, cet arrêt ne remet pas en question la conclusion de la majorité de la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *Tarquini*.

[54] L’arrêt *Schreiber* n’est pour sa part d’aucune utilité pour résoudre la question en litige. Il définit le préjudice corporel et cette définition, comme je le souligne précédemment, demeure toujours pertinente. Mais il ne porte pas sur l’interprétation de l’art. 2930 C.c.Q. et sur ce qui, au sens de cet article et pour les besoins de son application, doit être qualifié de recours fondé sur l’obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui, c’est-à-dire une action fondée sur l’atteinte à l’intégrité physique de Mme Dorval et non les chefs de dommages-intérêts réclamés par les parents.

## V. Conclusion

[55] For the purposes of the application and interpretation of art. 2930 C.C.Q., any civil liability action instituted to claim reparation for the direct and immediate consequences of interference with a person's physical integrity must be based on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another.

[56] This interpretation leads to the conclusion that the action instituted by the members of Ms. Dorval's family is not prescribed. The Court of Appeal was therefore correct in setting aside the Superior Court's decision and dismissing the City of Montréal's motion to dismiss.

[57] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

English version of the reasons delivered by

[58] CÔTÉ AND BROWN JJ. (dissenting) — In *Gauthier v. Beaumont*, [1998] 2 S.C.R. 3, this Court reiterated the importance of prescription as an essential institution of Quebec civil law:

Prescription is a concept essential to the civil law whose rationale lies in practical utility and social interest. . . . [It is] designed to introduce security into legal relations by mitigating the consequences of time's erosive effect on memory and on the value of evidence, and by encouraging creditors to act diligently. [para. 48]

[59] In the case at bar, the right to bring an action in civil liability against the appellant, the City of Montréal, in respect of faults or illegalities is prescribed by six months, except where bodily injury is alleged. This is provided for in s. 586 of the *Cities and Towns Act*, CQLR, c. C-19, and art. 2930 of the *Civil Code of Québec* ("C.C.Q."), read together:

**586.** Every action, suit or claim against the municipality or any of its officers or employees, for damages occasioned by faults, or illegalities, shall be prescribed by six months from the day on which the cause of action accrued, any provision of law to the contrary notwithstanding.

## V. Conclusion

[55] Aux fins d'application et d'interprétation de l'art. 2930 C.c.Q., toute action en responsabilité civile intentée afin de réclamer une réparation pour les conséquences directes et immédiates d'une atteinte à l'intégrité physique d'une personne est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui.

[56] Selon cette interprétation, l'action des proches parents de Mme Dorval n'est pas prescrite. En conséquence, la Cour d'appel a eu raison d'infirmar la décision de la Cour supérieure et de rejeter la requête en irrecevabilité de la Ville de Montréal.

[57] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

[58] LES JUGES CÔTÉ ET BROWN (dissidents) — Dans *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3, notre Cour rappelait l'importance de la prescription en tant qu'institution essentielle du droit civil québécois :

La prescription est un concept essentiel au droit civil qui trouve sa raison d'être dans l'utilité pratique et l'intérêt social. [ . . . ] [Elle est] destinée à introduire la sécurité dans les relations juridiques en atténuant les séquelles liées à l'effet érosif du temps sur la mémoire et sur la valeur des éléments de preuve et en incitant les créanciers à la diligence. [par. 48]

[59] En l'espèce, le droit d'action en responsabilité civile contre l'appelante, la Ville de Montréal, découlant de fautes ou d'illégalités, se prescrit par six mois, à moins qu'un préjudice corporel ne soit allégué. C'est ce que prévoient l'art. 586 de la *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19, et l'art. 2930 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »), considérés de pair :

**586.** Toute action, poursuite ou réclamation contre la municipalité ou l'un de ses fonctionnaires ou employés, pour dommages-intérêts résultant de fautes ou d'illégalités, est prescrite par six mois à partir du jour où le droit d'action a pris naissance, nonobstant toute disposition de la loi à ce contraire.

**2930.** Notwithstanding any provision to the contrary, where an action is based on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another, the requirement . . . that the action be instituted within a period of less than 3 years . . . cannot affect a prescriptive period provided for in this Book.

[60] It is common ground in this case that the deceased, Maria Altagracia Dorval, suffered bodily injury and that the applicable prescriptive period in that matter (and thus in the action by the succession) is three years (arts. 2925 and 2930 C.C.Q.):

**2925.** An action to enforce a personal right or movable real right is prescribed by three years, if the prescriptive period is not otherwise determined.

[61] This appeal raises two issues.

[62] We must first determine whether the injury suffered by the respondents as a result of Ms. Dorval's death constitutes "bodily injury" within the meaning of the *Civil Code of Québec*. If it is a "bodily injury", the respondents' action is not prescribed. If, however, it is a "moral injury" or a "material injury", their action is prescribed. In our opinion, the trial judge was right to conclude that the respondents' action against the appellant [TRANSLATION] "is prescribed because they may not avail themselves of the three-year prescriptive period . . . given that they have not themselves suffered bodily injury as a result of Ms. Dorval's death" (2014 QCCS 4590, at para. 32 (CanLII)). That conclusion was based on decisions in which this Court had held that "bodily injury" within the meaning of art. 2930 C.C.Q. exists only in cases in which the victim, that is, the person seeking compensation, has suffered interference with his or her physical integrity.

[63] Next, we must decide whether the respondents may, if the injury for which they are seeking reparation is not a bodily injury, avail themselves of the exception provided for in art. 2930 C.C.Q. on the basis that the source of their action is Ms. Dorval's bodily injury. In this regard, it is our opinion that the injury must be characterized in terms of its consequences, not its source; the contrary position, which our colleague endorses, conflates two distinct

**2930.** Malgré toute disposition contraire, lorsque l'action est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui, l'exigence [. . .] d'intenter celle-ci dans un délai inférieur à trois ans [. . .] ne peut faire échec au délai de prescription prévu par le présent livre.

[60] Nul ne conteste en l'espèce que la défunte, Mme Maria Altagracia Dorval, a subi un préjudice corporel et que la prescription applicable dans ce dossier (et donc au recours successoral) est de trois ans (art. 2925 et 2930 C.c.Q.) :

**2925.** L'action qui tend à faire valoir un droit personnel ou un droit réel mobilier et dont le délai de prescription n'est pas autrement fixé se prescrit par trois ans.

[61] Le présent pourvoi soulève deux questions.

[62] Nous devons d'abord déterminer si le préjudice subi par les intimés en raison du décès de Mme Dorval constitue un « préjudice corporel » au sens du *Code civil du Québec*. S'il s'agit d'un « préjudice corporel », le recours des intimés n'est pas prescrit. S'il s'agit plutôt d'un « préjudice moral » ou d'un « préjudice matériel », leur recours est prescrit. À notre avis, la juge de première instance a correctement conclu que le recours des intimés contre l'appelante « est prescrit puisqu'ils ne peuvent se prévaloir du délai de prescription de trois ans [. . .] n'ayant pas [eux]-mêmes subi de préjudice corporel à la suite du décès de madame Dorval » (2014 QCCS 4590, par. 32 (CanLII)). Cette conclusion est fondée sur la jurisprudence antérieure de notre Cour, qui établit déjà que les cas où nous sommes en présence d'un « préjudice corporel » au sens de l'art. 2930 C.c.Q. se limitent à ceux où la victime, c'est-à-dire la personne qui réclame une indemnité, a subi une atteinte à son intégrité physique.

[63] Ensuite, nous devons décider si, dans la mesure où le préjudice pour lequel ils demandent réparation n'est pas un préjudice corporel, les intimés peuvent bénéficier de l'exception prévue à l'art. 2930 C.c.Q. puisque la source de leur action serait le préjudice corporel de Mme Dorval. À cet égard, nous sommes d'avis qu'il y a lieu de qualifier le préjudice selon les conséquences, et non selon la source. La position contraire qu'adopte notre collègue fond

elements that are necessary for any right of action to exist in civil liability, namely fault and injury (art. 1457 C.C.Q.). In our view, the respondents' action is based on the obligation to make reparation for moral and material injuries they allege they have suffered, and not on the obligation to make reparation for bodily injury suffered by another person. The words of art. 2930 C.C.Q. are clear: the article applies only “where an action is based on the obligation to make reparation for bodily injury”. The obligation to make reparation concerns bodily injury suffered by the plaintiff, and not any other types of injury that third parties may have suffered as a result of the same fault.

#### I. The Court Has Already Defined the Concept of “Bodily Injury”

[64] This Court already addressed the meaning to be given to the “bodily injury” concept in *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269. In *Schreiber*, the issue was whether the exception for personal or bodily injury (“*dommages corporels*”) provided for in s. 6(a) of the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, limited Germany's sovereign immunity in the case of “personal” or “bodily” injury. LeBel J., writing for the Court, stated that “[d]etermining the scope of application of s. 6(a) requires an examination of what is meant by ‘*dommage corporel*’ or ‘*préjudice corporel*’ in the law of civil delicts in Quebec” (para. 58). Although he recognized that the concept of “*préjudice corporel*” (“bodily injury”) is “flexible and capable of catching a broad range of interferences with the integrity of the person” (para. 63), LeBel J. expressed the view that an action based, as required by art. 2930, on bodily injury must “aris[e] out of a physical breach of [the] integrity” of the person claiming compensation (para. 80). His conclusion that the various definitions of the bodily injury concept all require “at least” an element of interference with physical integrity was based on several judicial and academic authorities (para. 62).

en un seul deux éléments distincts et nécessaires à l'existence de tout droit d'action en responsabilité civile, soit en l'occurrence la faute et le préjudice (art. 1457 C.c.Q.). Selon nous, l'action des intimés est fondée sur l'obligation de réparer les préjudices moral et matériel qu'ils allèguent avoir subis, et non sur l'obligation de réparer le préjudice corporel subi par une autre personne. Le texte de l'art. 2930 C.c.Q. est clair : la disposition ne s'applique que « lorsque l'action est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel ». L'obligation de réparer vise le préjudice corporel subi par le demandeur, et non pas tous les autres types de préjudice que de tierces personnes pourraient avoir subis des suites de la commission d'une même faute.

#### I. La Cour a déjà défini la notion de « préjudice corporel »

[64] Notre Cour s'est déjà prononcée sur le sens à donner à la notion de « préjudice corporel » dans l'arrêt *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269. Dans cette affaire, la question était de savoir si l'exception relative aux dommages corporels prévue à l'al. 6a) de la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, c. S-18, limitait l'immunité de juridiction de l'Allemagne lorsque les dommages sont « corporels ». Au nom de la Cour, le juge LeBel a écrit que pour « déterminer la portée de l'application de l'al. 6a), il faut examiner ce qu'on entend par “dommage corporel” ou “préjudice corporel” en droit de la responsabilité civile délictuelle au Québec » (par. 58). Même s'il reconnaît que la notion de « préjudice corporel » demeure « souple et susceptible d'englober une vaste gamme d'atteintes à l'intégrité de la personne » (par. 63), le juge LeBel est d'avis que l'action qui, comme le prévoit l'art. 2930, se fonde sur un préjudice corporel, doit « découl[er] d'une atteinte à l'intégrité physique » de la personne qui réclame une compensation (par. 80). Sa conclusion selon laquelle les différentes définitions de la notion de préjudice corporel requièrent toutes « au moins » une forme d'atteinte à l'intégrité physique s'appuie d'ailleurs sur diverses sources jurisprudentielles et doctrinales (par. 62).

[65] In short, according to the principles from *Schreiber*, to suffer “bodily injury”, a victim must suffer interference with his or her own physical integrity.

[66] *Schreiber* was followed in *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, which resembles this case even more closely. In *Kazemi*, the victim who raised the personal or bodily injury exception under s. 6(a) of the *State Immunity Act* was an “indirect” victim, as in the case at bar. The appellant claimed to have suffered bodily injury caused by the death of his mother after she had been tortured. Although *Kazemi* concerned the interpretation of the *State Immunity Act*, this Court also addressed the meaning of the words “*préjudices corporels*” in Quebec civil law in a context in which the person making the claim has not suffered interference with his or her own physical integrity.

[67] The Court, again per LeBel J., reiterated what it had said in *Schreiber* in respect of the scope of the s. 6(a) exception. Considering that provision, it concluded that the “personal or bodily injury” exception to immunity provided for in the *State Immunity Act* “does not apply where the alleged injury does not stem from a physical breach of personal integrity” (*Kazemi*, at para. 74). A person seeking recourse to the exception to this immunity must therefore make out interference *with his or her own physical integrity*, and not simply show that his or her moral injury stems from interference with the physical integrity of another person (para. 75).

[68] In his reasons, LeBel J. stressed the importance of an interpretation that can be reconciled with the civil law. He explained that “in order to maintain coherence with the civil law, it is necessary to interpret ‘*dommages corporels*’ in the French version of s. 6(a) of the [*State Immunity Act*] as requiring physical harm” (*Kazemi*, at para. 77). Therefore, contrary to what our colleague Wagner J. is suggesting, LeBel J.’s reasoning must be applied in the case

[65] En somme, selon les enseignements de l’arrêt *Schreiber*, une victime ne subit un « préjudice corporel » que si elle subit une atteinte à son intégrité physique.

[66] L’arrêt *Schreiber* a été suivi dans l’affaire *Kazemi (Succession) c. République islamique d’Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, laquelle comporte encore plus de similitudes avec le présent dossier. Dans cette affaire, la victime qui invoquait l’exception relative aux dommages corporels prévue à l’al. 6a) de la *Loi sur l’immunité des États* était une victime dite « indirecte » comme en l’espèce. En effet, l’appelant prétendait avoir subi un préjudice corporel causé par le décès de sa mère suite à la torture dont elle avait été victime. Bien que l’affaire *Kazemi* portait sur l’interprétation de la *Loi sur l’immunité des États*, notre Cour s’est également prononcée sur le sens à donner aux mots « préjudices corporels » en droit civil québécois lorsque la personne qui les réclame n’a pas elle-même subi d’atteinte à son intégrité physique.

[67] La Cour, toujours sous la plume du juge LeBel, reprend ses propos dans l’arrêt *Schreiber* quant à la portée de l’exception prévue à l’al. 6a). En examinant la disposition en cause, elle conclut que l’exception des « dommages corporels » à l’immunité prévue à la *Loi sur l’immunité des États* « ne s’applique pas si le préjudice allégué ne découle pas d’une atteinte à l’intégrité physique d’une personne » (*Kazemi*, par. 74). La personne qui tente de se prévaloir de l’exception à cette immunité doit donc nécessairement établir la présence d’une atteinte à *sa propre intégrité physique*, et non seulement que ses dommages moraux découlent d’une atteinte à l’intégrité physique d’une autre personne (par. 75).

[68] Dans ses motifs, le juge LeBel souligne l’importance d’une interprétation qui se concilie avec le droit civil. Il explique que « pour maintenir l’uniformité avec le droit civil, il faut considérer que les mots “*dommages corporels*” utilisés à l’al. 6a) de la [*Loi sur l’immunité des États*] exigent la présence d’une atteinte à l’intégrité physique » (*Kazemi*, par. 77). Ainsi, et contrairement à ce que notre collègue le juge Wagner suggère, le raisonnement du juge LeBel,



at bar even though it was set out in the context of a federal statute, as it was based on, and was in fact intended to ensure the statute’s consistency with, Quebec civil law.

[69] Although the Court stated in *Schreiber* that such interference with physical integrity need not necessarily be restricted “to narrow situations where blood was drawn or bruises appeared on the body” (para. 63), the fact remains that a court cannot find that a person claiming compensation has suffered bodily injury absent interference with the person’s own physical integrity. It is for this reason, and we fully agree with LeBel J.’s reasoning in *Kazemi*, that the “‘*préjudice corporel*’ will not . . . extend to those who, although close to the victim, experienced a ‘*préjudice moral*’ (mental injury) with no physical breach” (*Kazemi*, at para. 77).

[70] We agree with the appellant that the decision of the Quebec Court of Appeal in the case at bar was contrary to the principles established by this Court.

II. The Obligation Imposed by Article 2930 C.C.Q. Concerns Reparation for the Bodily Injury of the Person Whose Physical Integrity Has Been Interfered With

[71] The above conclusion is a sufficient basis for allowing the appeal. However, because of the reasons of our colleague Wagner J., we consider it necessary to make a few comments regarding (a) *Montréal (Ville) v. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405 (C.A.), and (b) the interpretive approach our colleague adopts. Our colleague’s approach conflates the three elements a victim must establish in order to claim damages: fault, injury and a causal connection between the injury and the alleged fault (see paras. 28-29 of Wagner J.’s reasons). In our view, it is wrong to characterize the injury on the basis of its source — the initial fault — as the result is to conflate these two elements.

même s’il est formulé dans le contexte d’une loi fédérale, doit s’appliquer en l’espèce puisqu’il s’appuie sur le droit civil québécois et vise justement à assurer leur uniformité.

[69] Même si la Cour précise dans *Schreiber* qu’une telle atteinte à l’intégrité physique ne doit pas nécessairement se limiter « aux cas précis où du sang a coulé ou des ecchymoses sont apparues sur le corps » (par. 63), encore faut-il qu’il y ait eu une atteinte à l’intégrité physique de la personne qui réclame une compensation pour qu’un tribunal puisse conclure qu’il y a eu un préjudice corporel. C’est pour cette raison, et nous souscrivons entièrement au raisonnement du juge LeBel dans *Kazemi*, que le « “*préjudice corporel*” n’englobe [. . .] pas les personnes qui, malgré leur proximité avec la victime, n’ont subi qu’un “*préjudice moral*” sans qu’il soit porté atteinte à leur intégrité physique » (*Kazemi*, par. 77).

[70] Nous convenons avec l’appelante que la Cour d’appel du Québec a en l’espèce tranché à l’encontre des enseignements de notre Cour.

II. L’obligation prévue à l’art. 2930 C.c.Q. vise la réparation du préjudice corporel de la personne victime de l’atteinte à l’intégrité physique

[71] La conclusion précédente est suffisante pour accueillir l’appel. Toutefois, en raison des motifs de notre collègue le juge Wagner, nous jugeons nécessaire de faire quelques commentaires concernant a) l’arrêt *Montréal (Ville) c. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405 (C.A.), et b) la voie interprétative qu’emprunte notre collègue. L’approche de notre collègue confond les trois éléments qu’une victime doit démontrer afin de réclamer des dommages-intérêts, soit la faute, le préjudice subi ainsi que le lien causal entre ce dernier et la faute alléguée (voir par. 28-29 des motifs du juge Wagner). Nous sommes d’avis qu’il est erroné de qualifier le préjudice selon la source, soit la faute initiale, puisque cela confond ces deux éléments.

A. *Tarquini Is Not Determinative of This Case*

[72] With all due respect, we cannot agree with our colleague, who asserts at para. 23 of his reasons that the law regarding the definition of the expression “bodily injury” used in art. 2930 was confirmed in *Tarquini*. In our opinion, *Tarquini* did not resolve the issue before us, because the principles stated by the majority were rejected by this Court in *Kazemi*.

[73] In *Islamic Republic of Iran v. Hashemi*, 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567, Morissette J.A., writing for a unanimous panel of the Quebec Court of Appeal, relied on *Schreiber* rather than on *Tarquini* to determine what constitutes “bodily injury” within the meaning of the C.C.Q.:

I consider, therefore, that I do not have to decide here whether the notion of “bodily injury” as developed in the majority judgment in *Tarquini* should guide us in the interpretation of the [*State Immunity Act*], which after all is a federal statute on an issue deeply rooted in a quintessentially federal and public law area of jurisdiction. The obvious angle of approach to a solution must be a thorough examination of what *Schreiber*, and cases decided in its wake, tell us on the issue at hand. [para. 73]

[74] In our view, the reasoning of this Court in *Schreiber*, which was applied by a unanimous Court of Appeal in *Hashemi* and was once again confirmed by this Court on appeal (*Kazemi*), was correct.

[75] In fact, as we will show, there was no majority in *Tarquini* regarding the interpretation of the words “bodily injury” in Quebec civil law.

[76] Pelletier J.A. expressed the opinion that bodily injury [TRANSLATION] “encompasses all moral and material losses that are the direct, immediate or remote consequence of interference with a person’s physical integrity” (para. 101). He explained in particular that, “[i]n contrast to the qualifiers ‘moral’ and

A. *L’arrêt Tarquini ne décide pas de l’affaire en l’espèce*

[72] Soit dit en tout respect, nous ne pouvons nous rallier à la position de notre collègue, qui affirme au par. 23 de ses motifs que l’état du droit concernant la définition du « préjudice corporel » employé à l’art. 2930 a été confirmé dans l’arrêt *Tarquini*. À notre avis, l’arrêt *Tarquini* ne résout pas le problème dont nous sommes saisis, puisque les principes énoncés par la majorité ont été écartés par notre Cour dans l’arrêt *Kazemi*.

[73] Dans l’affaire *Islamic Republic of Iran c. Hashemi*, 2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567, le juge Morissette, qui écrit au nom d’une formation unanime de la Cour d’appel du Québec, s’est lui-même appuyé sur l’arrêt *Schreiber* plutôt que sur l’affaire *Tarquini* pour déterminer ce que constitue un « préjudice corporel » au sens du C.c.Q. :

[TRADUCTION] J’estime donc ne pas devoir décider en l’espèce si la notion de « préjudice corporel » développée par les juges majoritaires dans *Tarquini* devrait orienter notre interprétation de la [*Loi sur l’immunité des États*], laquelle constitue après tout une loi fédérale sur un sujet profondément enraciné dans un domaine de compétence essentiellement fédéral et de droit public. La démarche évidente pour trouver une solution consiste à examiner attentivement ce que *Schreiber* et les arrêts rendus dans sa foulée nous enseignent sur la question aujourd’hui en litige. [par. 73]

[74] À notre avis, la décision de la Cour dans *Schreiber*, reprise par une Cour d’appel unanime dans *Hashemi*, et confirmée à nouveau par notre Cour en appel (*Kazemi*), étaye le bon raisonnement.

[75] En fait, comme nous le verrons, il n’y a pas de majorité dans l’affaire *Tarquini* quant à l’interprétation des mots « préjudices corporels » en droit civil québécois.

[76] Le juge Pelletier est d’avis que le préjudice corporel « englobe l’ensemble des pertes morales et matérielles qui sont la conséquence directe, immédiate ou distante, d’une atteinte à l’intégrité physique d’une personne » (par. 101). Il explique notamment « [qu’]à la différence des qualificatifs “moral” et

‘material’, which correspond to the basic classes of the ‘injury’ concept, the qualifier ‘bodily’ is unique given the hybrid nature of its components and the multiplicity of dimensions that it covers” (para. 101).

[77] In Otis J.A.’s view, the general principles governing the enjoyment and exercise of civil rights together with the object of the legislation dictated that [TRANSLATION] “the analysis must not be limited [by the courts] to the *heads* of damage . . . but, on the contrary, the proper approach is to go back to the event on which [the] right of action is based. It seem[ed] to [her] that to focus only on the respondent’s heads of claim would be to get away from the object of the legislation, from its ‘true intent, meaning and spirit’” (para. 185 (emphasis in original)).

[78] As for Chamberland J.A., he was of the view that only the victim of the accident who has suffered interference with his or her own physical integrity may have recourse to the exception provided for in art. 2930. In his opinion, a conclusion that the indirect victims of a fault that caused bodily injury to another person also suffer bodily injury [TRANSLATION] “profoundly alters the intention the legislature had in adopting the tripartite classification of injury in the new law of liability” (para. 37). His reasoning was based on the idea that “the qualifier ‘bodily’ [must be] reserved for the injury caused to the person whose bodily integrity was interfered with, as it is that interference that characterizes the category of bodily injury, even though that injury has both material (e.g. loss of income) and moral (e.g. pain and suffering) aspects” (para. 35). Any other conclusion would be contrary to a clear legislative provision (para. 35).

[79] What emerges from *Tarquini* is that each of the three judges had a completely different opinion on the “bodily injury” concept. Pelletier and Otis J.A. formed a “majority” solely with respect to the length of the prescriptive period; indeed, Otis J.A. said so outright. Regarding Pelletier J.A.’s reasoning, she wrote that, [TRANSLATION] “although I disagree with his findings on liability, I agree with his conclusion relating to the prescriptive period, but I nonetheless find it necessary to raise certain other

“matériel” qui correspondent aux classes fondamentales du concept “préjudice”, celui de “corporel” tire son originalité du caractère hybride de ses composantes et de la pluralité des dimensions qu’il couvre » (par. 101).

[77] La juge Otis est plutôt d’avis que les principes généraux gouvernant la jouissance et l’exercice de droits civils ainsi que l’objet de la loi font en sorte que les tribunaux ne doivent pas « restreindre l’analyse aux *chefs* de dommages réclamés [. . .] mais, bien au contraire, il convient de revenir à l’événement qui fonde [le] droit d’action. En s’attachant uniquement aux chefs de réclamation de l’intimée, il [lui] semble qu’on s’éloigne de l’objet de la loi, de ses “véritables sens, esprit et fin” » (par. 185 (en italique dans l’original)).

[78] Le juge Chamberland, pour sa part, est d’avis que seule la victime de l’accident qui a subi une atteinte à son intégrité physique peut se prévaloir de l’exception prévue à l’art. 2930. Selon lui, conclure que les victimes indirectes d’une faute ayant causé un préjudice corporel à autrui subissent également un préjudice corporel modifierait « profondément l’intention qu’avait le législateur en adoptant la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité » (par. 37). Il fonde son raisonnement sur l’idée que l’on doit « réserver le qualificatif “corporel” au préjudice causé à la personne dont l’intégrité corporelle a été atteinte puisque c’est cette atteinte qui caractérise la catégorie du préjudice corporel, même si celui-ci comporte des aspects à la fois matériels (par exemple la perte de revenu) et moraux (par exemple les douleurs et souffrances) » (par. 35). Trancher autrement irait à l’encontre du texte clair de loi (par. 35).

[79] Il appert de *Tarquini* que les trois juges ont chacun une opinion complètement différente quant à la notion de « préjudice corporel ». La « majorité » des juges Pelletier et Otis ne concerne que la conclusion sur le délai de prescription, ce que la juge Otis précise d’ailleurs. Au sujet du raisonnement du juge Pelletier, elle écrit que « [q]uoiqu’en désaccord avec ses déterminations sur la responsabilité j’acquiesce à sa conclusion relativement au délai de prescription mais j’estime qu’il y a lieu,

legal considerations” (para. 172 (emphasis added)). This does not strike us as an *addition* to the considerations raised by Pelletier J.A., as our colleague suggests, but seems instead to indicate an intention to set out her own legal reasoning, which differed from that of Pelletier J.A.

[80] We cannot subscribe to the reasoning of Pelletier J.A., which Wagner J. cites at para. 18 of his reasons:

[TRANSLATION] From this perspective, it can be concluded that Ms. Tarquini’s action is “based on the obligation to make reparation for moral and material losses she sustained that were the direct consequence of interference with [her late husband’s] physical integrity”. These moral and material losses are “bodily injury” because they are the direct consequence of a loss of physical integrity. Ms. Tarquini’s action is therefore an action “based on the obligation to make reparation for bodily injury” that she suffered. [para. 103]

[81] With all due respect, this reasoning puts the cart before the horse. Article 2930 C.C.Q. states that it is the obligation to make reparation for bodily *injury*, not any losses arising from that injury, that triggers its application. As we will explain in the next section, Pelletier J.A.’s reasoning is not at all consistent with the “bodily injury” concept chosen by the legislature.

[82] We instead subscribe to the reasoning of Chamberland J.A., who concluded that a person who claims compensation for bodily injury must, to have the injury characterized as “bodily” injury, show that his or her own physical integrity has been interfered with. This is the same reasoning that was very recently endorsed by this Court in *Kazemi*. Despite the flexibility referred to in *Schreiber*, and given that the physical integrity of the respondents in the instant case was not interfered with, it is not in our view desirable to extend the obligation to make reparation required by art. 2930 C.C.Q. to all material or moral injury that might result from the fact that bodily injury has been caused to a person other than the claimant.

toutefois, de faire valoir d’autres considérations juridiques » (par. 172 (nous soulignons)). Cela ne semble pas être un *ajout* aux considérations du juge Pelletier, comme le suggère notre collègue, mais plutôt une volonté d’avancer son propre raisonnement juridique, lequel diffère de celui du juge Pelletier.

[80] Nous ne pouvons faire nôtre le raisonnement du juge Pelletier sur lequel le juge Wagner s’appuie au par. 18 de ses motifs :

Sous cet éclairage, on peut conclure que l’action de M<sup>me</sup> Tarquini en est une « fondée sur l’obligation de réparer les pertes morales et matérielles qu’elle subit et qui sont la conséquence directe d’une atteinte à l’intégrité physique [de son conjoint défunt] ». Ces pertes morales et matérielles sont un « préjudice corporel » parce qu’ils sont la conséquence directe d’une perte d’intégrité physique. L’action de M<sup>me</sup> Tarquini est donc une action « fondée sur l’obligation de réparer le préjudice corporel » qu’elle subit. [par. 103]

[81] Soit dit en tout respect, c’est mettre la charrie avant les bœufs. L’article 2930 C.c.Q. prévoit que c’est l’obligation de réparer *le préjudice* corporel, et non pas toute perte qui en est la conséquence, qui déclenche son application. Comme nous le verrons dans la prochaine section, ce raisonnement ne respecte pas du tout la notion de « préjudice corporel » choisie par le législateur.

[82] Nous souscrivons plutôt au raisonnement du juge Chamberland, qui exige que la personne qui réclame une compensation pour préjudice corporel démontre une atteinte à son intégrité physique afin de qualifier le préjudice subi de « corporel ». C’est ce même raisonnement qui a très récemment été entériné par notre Cour dans *Kazemi*. Malgré la souplesse à laquelle on réfère dans *Schreiber*, et comme l’intégrité physique des intimés en l’espèce n’a pas été atteinte, il n’est pas souhaitable, selon nous, d’étendre l’obligation de réparer prévue à l’art. 2930 C.c.Q. à tout préjudice matériel ou moral pouvant découler du fait qu’un préjudice corporel a été causé à une personne autre que le réclamant.

[83] In our opinion, the interpretation our colleague proposes is more than large and liberal. It goes too far, as it leads to an artificial characterization of bodily injury. An injury that is clearly not bodily injury cannot be transformed into bodily injury simply on the basis that it has been occasioned by an initial bodily injury. Moreover, this concept of *constructive* bodily injury would introduce confusion into Quebec civil law. What must instead be sought is consistency in the civil law and harmony among the provisions that refer to bodily injury (e.g. arts. 1474, 1614 and 1615 C.C.Q.). As this Court so aptly put it in *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615, at para. 53, “[i]t is not for the Court to do by ‘interpretation’ what Parliament chose not to do by enactment.”

[84] It is clear that the injury — the initial interference — suffered by Ms. Dorval was bodily injury within the meaning of the C.C.Q. There is nothing preventing her succession from availing itself of the exception provided for in art. 2930 in order to obtain reparation for the bodily injury caused to the deceased. However, we do not agree with our colleague that “it was the interference with Ms. Dorval’s physical integrity that constituted bodily injury” and that “because the pecuniary and non-pecuniary consequences suffered by the family members were the immediate and direct result of the wrongful interference with Ms. Dorval’s physical integrity, their action is prescribed by three years” (para. 16). In our opinion, the respondents’ claim for *solatium doloris* concerns a moral injury and the funeral expenses they incurred as a result of Ms. Dorval’s death constitute a material injury. We must therefore regretfully conclude that they are not entitled to avail themselves of the exception provided for in art. 2930 C.C.Q.

B. *Comments on the Interpretation of Article 2930 C.C.Q.*

[85] We must address certain of our colleague’s arguments with respect to statutory interpretation that also prevent us from concurring with his reasons.

[83] À notre avis, l’interprétation que propose notre collègue est plus que large et libérale. Elle va trop loin puisqu’elle mène à une qualification artificielle du préjudice corporel. On ne peut transformer en préjudice corporel un préjudice qui n’en est manifestement pas un simplement parce qu’il découle d’un préjudice corporel initial. D’ailleurs, cette idée d’un préjudice corporel par *interprétation* serait source de confusion en droit civil québécois. On doit plutôt garder à l’esprit la cohérence du droit civil et l’harmonie entre les dispositions qui emploient la notion de préjudice corporel (p. ex., les art. 1474, 1614 et 1615 C.c.Q.). Comme notre Cour l’a si bien dit dans *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615, par. 53 : « Il n’appartient pas à la Cour de faire “en interprétant” la loi ce que le législateur a choisi de ne pas faire en l’adoptant. »

[84] Il est évident que le préjudice, soit l’atteinte première, subi par Mme Dorval était un préjudice corporel au sens du C.c.Q. Rien n’empêche sa succession de bénéficier de l’exception prévue à l’art. 2930 pour obtenir réparation du préjudice corporel causé à la défunte. Par contre, nous ne partageons pas l’avis de notre collègue selon lequel « c’est l’atteinte à l’intégrité physique de Mme Dorval qui constitue le préjudice corporel » et « puisque [. . .] les conséquences pécuniaires et non pécuniaires subies par les parents sont la suite immédiate et directe de l’atteinte fautive à l’intégrité physique de Mme Dorval, l’action des parents se prescrit par trois ans » (par. 16). Nous sommes d’avis que le *solatium doloris* réclamé par les intimés constitue un préjudice moral et que les frais funéraires qu’ils ont engagés suite au décès de Mme Dorval sont, quant à eux, un préjudice matériel. C’est avec regret que nous devons donc conclure qu’ils ne peuvent bénéficier de l’exception prévue à l’art. 2930 C.c.Q.

B. *Quelques remarques quant à l’interprétation de l’art. 2930 C.c.Q.*

[85] Nous devons commenter certains arguments de notre collègue en matière d’interprétation législative qui nous empêchent également de souscrire à ses motifs.

[86] First, our colleague expresses the view that “[t]he interpretation of a legislative provision must go beyond a consideration of the words of the provision to further the legislature’s objectives” and that “[i]t is therefore necessary to stand back from the words used in order to analyze the scheme and purpose of the provision” (para. 32 (emphasis added)). In so doing, our colleague places undue emphasis on contextual factors, given that the text is otherwise clear.

[87] The *Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, provides that a “statute shall receive such fair, large and liberal construction as will ensure the attainment of its object and the carrying out of its provisions, according to their true intent, meaning and spirit” (s. 41). It also provides that “[t]he provisions of an Act are construed by one another, ascribing to each provision the meaning which results from the whole Act and which gives effect to the provision” (s. 41.1).

[88] According to the principles respecting interpretation that this Court established long ago, “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of [the legislature]” (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). Thus, it is the grammatical and ordinary sense of the words of the legislation that must be read harmoniously with its scheme, its object and the legislature’s intent. The words of the legislation remain the starting point for any statutory interpretation exercise, so it is not necessary to “stand back from the words used in order to analyze the scheme and purpose of the provision” as our colleague proposes. That is not the approach required by the *Interpretation Act* and the modern principle of statutory interpretation: they instead require that the words of the legislation be the primary indication of its object and of the legislature’s intent.

[89] Furthermore, although we agree with our colleague’s comments regarding the legislature’s intent, it is our opinion that they in fact support our

[86] D’abord, notre collègue est d’avis que « [l]’interprétation d’une disposition législative doit, au-delà de l’attention portée à son libellé, favoriser la réalisation des objectifs du législateur » et qu’« [i]l faut donc se détacher du texte pour analyser son économie et son objet » (par. 32 (nous soulignons)). Ce faisant, notre collègue accorde une trop grande importance à des facteurs contextuels, et ce, malgré un texte autrement clair.

[87] La *Loi d’interprétation*, RLRQ, c. I-16, prévoit qu’une « loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l’accomplissement de son objet et l’exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin » (art. 41). Elle prévoit également que « [l]es dispositions d’une loi s’interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l’ensemble et qui lui donne effet » (art. 41.1).

[88] Notre Cour enseigne depuis longtemps qu’en matière d’interprétation, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87). C’est donc le sens ordinaire et grammatical des termes de la loi qui doivent être harmonisés avec son esprit, son objet, et l’intention du législateur. Le texte de la loi demeure le point de départ de toute interprétation législative, et il n’est donc pas nécessaire de « se détacher du texte pour analyser son économie et son objet » comme le propose notre collègue. La *Loi d’interprétation* et le principe moderne d’interprétation législative exigent autrement; ils requièrent que le texte de la loi soit la première indication de son objet et de l’intention du législateur.

[89] Nous sommes par ailleurs d’accord avec les propos de notre collègue concernant l’intention du législateur, mais nous estimons que ceux-ci appuient

position. It is indeed “the right to physical integrity that corresponds to the interest the legislature is seeking to protect” (para. 34), a right that has its source in art. 1457 C.C.Q. and for which the prescriptive period is protected by art. 2930 C.C.Q. However, nothing in the words of art. 2930 supports our colleague’s suggestion that it “encompasses the right to reparation for all immediate and direct consequences that flow from such interference with physical integrity” (para. 34; see also para. 38).

[90] Our colleague also raises access to justice considerations in his interpretation with respect to prescriptive periods (paras. 2 and 39). Prescription is not a novel concept. As we mentioned above, it is an essential institution of Quebec civil law. With all due respect for the view of our colleague, the very existence of prescriptive periods constitutes a limit on access to justice that was nonetheless deemed necessary by the legislature. But that is not all. By adopting the exception provided for in art. 2930 C.C.Q., the legislature was expanding access to justice for victims of *bodily injury*.

[91] Our colleague also notes that consistency in the law favours an interpretation that averts a situation in which different prescriptive periods would be applicable to different civil liability actions occasioned by an initial interference with bodily integrity. In his view, “[s]uch a situation would be contrary to common sense” (para. 36), and this leads him to conclude that “[a]ll victims who suffer direct and immediate consequences of the same wrongful interference must have the same period of extinctive prescription to institute their actions” (para. 38 (emphasis added)). In support of this proposition, he cites, among other cases, *Regent Taxi and Transport Co. v. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1932] A.C. 295 (P.C.). In our opinion, however, the hypothetical situation referred to by the Privy Council in that case was one in which third parties might have benefited from a longer prescriptive period than the immediate victim in certain circumstances, and not one in which the prescriptive periods were merely different. We are nevertheless of the view that, even if the legislature did expressly and clearly provide for such a situation, one

plutôt notre position. En effet, « c’est le droit à l’intégrité physique qui correspond à l’intérêt que le législateur veut protéger » (par. 34), un droit qui tire sa source de l’art. 1457 C.c.Q. et pour lequel le délai de prescription est protégé à l’art. 2930 C.c.Q. Toutefois, rien dans le texte de l’art. 2930 ne permet d’appuyer la suggestion de notre collègue à l’effet qu’il « englobe le droit à la réparation pour toutes les conséquences immédiates et directes qui découlent de cette atteinte à l’intégrité physique » (par. 34; voir aussi par. 38).

[90] Notre collègue invoque aussi des considérations d’accès à la justice à des fins interprétatives concernant les délais de prescription (par. 2 et 39). La prescription n’est pas un concept nouveau. Comme nous l’avons mentionné, elle est une institution essentielle du droit civil québécois. Soit dit en tout respect pour l’avis de notre collègue, l’existence même des délais de prescription est une limite à l’accès à la justice qui a toutefois été jugée nécessaire par le législateur. Mais il y a plus. En adoptant l’exception prévue à l’art. 2930 C.c.Q., le législateur permettait un plus grand accès à la justice pour la victime d’un *préjudice corporel*.

[91] Notre collègue note également que la cohérence du droit milite en faveur d’une interprétation qui évite que différents délais de prescription s’appliquent à différents recours en responsabilité civile découlant d’une atteinte initiale à l’intégrité corporelle. Selon lui, « [u]ne telle situation répugne au sens commun » (par. 36), ce qui l’amène à conclure que « [t]outes les victimes qui subissent les conséquences directes et immédiates d’une même atteinte fautive doivent bénéficier du même délai de prescription extinctive pour entreprendre leur recours » (par. 38 (nous soulignons)). Il appuie notamment cette proposition sur l’affaire *Regent Taxi and Transport Co. c. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1932] A.C. 295 (C.P.). Or, à notre avis, la situation fictive évoquée par le Conseil privé dans cet arrêt découle du fait que de tierces personnes pourraient bénéficier d’un délai de prescription plus long que la victime immédiate en certaines circonstances, et non au seul fait que ces délais sont différents en soi. Néanmoins, même si le législateur prévoyait expressément et clairement une telle situation, soit qu’une

in which someone would have a longer prescriptive period than the immediate victim, that choice would have to be deferred to, and the various prescriptive periods provided for by the legislation applied.

[92] “Consistency” of provisions respecting prescriptive periods is the prerogative of the legislature, which alone has jurisdiction to pass laws in this regard. This prerogative should not be subject to general policy preferences of the courts.

[93] In our view, any unease that might result from the situation described by Wagner J. cannot justify disregarding either the otherwise clear words of art. 2930 C.C.Q. or the legislature’s intent that emerges from them. Furthermore, our colleague’s comments on this subject seem hard to reconcile with his own view that, “[i]n Quebec civil law, court actions have always been subject to prescriptive periods that vary in length depending on the nature of a case or the identities of the parties” (para. 1). We could not respond to our colleague’s concerns better than by reproducing the comments made by Chamberland J.A. in *Tarquini*:

[TRANSLATION] It is nonetheless necessary to address the unease — some would say the injustice — that results from the current wording of article 2930 C.C.Q.: the action of a victim whose bodily integrity has been interfered with is prescribed by three years (bodily injury), whereas the action of his or her spouse, or children, although flowing from the same event, is prescribed by six months (material injury); the same actions are prescribed by three years when the debtor of the obligation is not a municipality. Ultimately, however, deference is owed to the legislature’s choice, as it is up to the legislature, and not to judges, to expand the scope of the exception under article 2930 C.C.Q. if it deems it appropriate to do so.

Some may be tempted to argue that article 2930 C.C.Q. is poorly drafted and that we are therefore justified in attributing to the expression “bodily injury” a meaning that is different, less restrictive, than the one that must be attributed to it elsewhere in the Civil Code. I cannot accept this argument, which supports an interpretation to the effect that, contrary to what the legislature wrote, it did not intend to limit the exception in article 2930 C.C.Q. to victims of bodily injury (those

personne bénéficierait d’un délai de prescription plus long que la victime immédiate, nous sommes d’avis qu’il faudrait respecter ce choix et appliquer les différents délais de prescription prévus par la loi.

[92] La « cohérence » des dispositions en matière de délais de prescription relève de la prérogative du législateur, qui lui seul a le pouvoir de légiférer à cet égard. Elle ne devrait pas être soumise aux préférences de politique générale des tribunaux judiciaires.

[93] À notre avis, l’inconfort que pourrait susciter la situation décrite par le juge Wagner ne saurait justifier l’ignorance du texte autrement clair de l’art. 2930 C.c.Q., non plus que de l’intention du législateur qui s’en dégage. Les propos de notre collègue à ce sujet semblent d’ailleurs difficiles à concilier avec sa propre idée que, « [d]e tout temps, en droit civil québécois, les recours devant les tribunaux ont été soumis à divers délais de prescription dont la durée varie selon la nature de l’affaire ou l’identité des parties » (par. 1). Nous ne pourrions mieux répondre aux préoccupations de notre collègue qu’à la manière du juge Chamberland dans l’affaire *Tarquini* :

Il faut quand même souligner l’inconfort — certains diraient l’injustice — découlant de la rédaction actuelle de l’article 2930 C.C.Q. : le recours de la victime dont l’intégrité corporelle a été atteinte est prescrit par trois ans (préjudice corporel) alors que le recours de son conjoint, ou de ses enfants, découlant pourtant du même événement, est prescrit par six mois (préjudice matériel); les mêmes recours sont prescrits par trois ans quand le débiteur de l’obligation n’est pas une municipalité. En définitive, toutefois, il faut s’en remettre au choix fait par le législateur et reconnaître qu’il lui appartient, et non pas aux juges, d’élargir le champ de l’exception visée par l’article 2930 C.C.Q. s’il le juge à propos.

Certains seraient tentés de soutenir que l’article 2930 C.C.Q. est mal rédigé et qu’en conséquence, nous sommes justifiés de donner à l’expression « préjudice corporel » un sens différent, moins restrictif, que celui que la même expression doit recevoir ailleurs dans le code civil. Je ne peux souscrire à cet argument qui sous-entend que, contrairement à ce qu’il a écrit, le législateur n’a pas voulu limiter l’exception de l’article 2930 C.C.Q. aux seules victimes d’un préjudice corporel (celles dont



whose bodily integrity has been interfered with). It is easy to imagine that article 2930 C.C.Q., like a number of other articles of the *Civil Code of Québec*, was the result of a compromise, with some arguing in favour of uniform prescriptive periods for all victims, both direct and indirect, regardless of whether the debtor of the obligation is a municipality and regardless of the nature of the injury suffered by the victim, while others favoured the continuation of a system of short six-month prescriptive periods for all cases involving a municipality, regardless of the nature of the injury suffered by the victim. The legislature made a decision, limiting the exception in article 2930 C.C.Q. to victims of bodily injury, those whose bodily integrity has been interfered with. I therefore cannot accept the argument that article 2930 C.C.Q. is the result of poor drafting, of an inappropriate use of the expression “bodily injury”. [Emphasis added; paras. 47-48.]

[94] We are of course not questioning the principle established by this Court that, because the C.C.Q. “is not a law of exception”, it must “be interpreted broadly so as to favour its spirit over its letter and enable the purpose of its provisions to be achieved” (*Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, at para. 15).

[95] That being said, art. 2930 C.C.Q. does not confer any rights. It is art. 1457 C.C.Q. that provides that parties have an obligation to conduct themselves “so as not to cause injury to another”, as well as a corollary obligation “to make reparation for the injury, whether it be bodily, moral or material in nature”. The latter article is therefore the basis for a right to bring an action in civil liability. The majority are thus confusing the source of the obligation to make reparation with the means of extinguishing it.

[96] Moreover, the decisions Wagner J. cites in para. 44 were all based on what he perceives to be the “majority” of Otis and Pelletier JJ.A. in *Tarquini*. Because, as we explained above, no majority can be identified in the reasons in *Tarquini*, the authority on which those decisions were based is very weak. In fact, Blanchet J. anticipated this comment in *Lepage v. Méthot*, [2003] R.J.Q. 861 (Sup. Ct.), one of the cases our colleague cites:

l’intégrité corporelle est atteinte). Il est facile de deviner que l’article 2930 C.C.Q., comme plusieurs autres du *Code civil du Québec*, est le résultat d’un compromis, les uns plaidant en faveur de l’uniformisation des délais de prescription pour toutes les victimes, immédiates et par ricochet, peu importe que le débiteur de l’obligation soit une municipalité ou pas et peu importe la nature du préjudice subi par la victime, les autres souhaitant le maintien du régime des courtes prescriptions de six mois dans tous les cas impliquant une municipalité, peu importe la nature du préjudice subi par la victime. Le législateur a tranché, limitant l’exception de l’article 2930 C.C.Q. aux seules victimes d’un préjudice corporel, celles dont l’intégrité corporelle est atteinte. Je ne peux donc pas souscrire à l’argument voulant que l’article 2930 C.C.Q. soit le résultat d’une rédaction boiteuse, d’un usage inapproprié de l’expression « préjudice corporel ». [Nous soulignons; par. 47-48.]

[94] Bien entendu, nous ne remettons pas en question les enseignements de notre Cour voulant que, dans la mesure où il « n’est pas un droit d’exception », le C.c.Q. doit « recevoir une interprétation large qui favorise l’esprit sur la lettre et qui permette aux dispositions d’atteindre leur objet » (*Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 15).

[95] Cela dit, l’art. 2930 C.c.Q. ne confère pas de droit. C’est l’art. 1457 C.c.Q. qui prévoit l’obligation d’une partie de se conduire « de manière à ne pas causer de préjudice à autrui » ainsi que l’obligation corollaire « de réparer ce préjudice, qu’il soit corporel, moral ou matériel ». C’est donc cet article qui constitue le fondement du droit d’action en responsabilité civile. La majorité confond donc la source de l’obligation de réparer avec son mode d’extinction.

[96] En outre, les décisions auxquelles le juge Wagner réfère au par. 44 sont toutes fondées sur ce qu’il perçoit être la « majorité » des juges Otis et Pelletier dans *Tarquini*. Puisque, comme nous l’avons expliqué, aucune majorité ne peut être dégagée des motifs dans l’affaire *Tarquini*, ces décisions reposent sur un fondement jurisprudentiel très faible. D’ailleurs, le juge Blanchet présageait nos propos dans l’affaire *Lepage c. Méthot*, [2003] R.J.Q. 861 (C.S.), une des affaires auxquelles notre collègue réfère :

[TRANSLATION] In closing, I consider it necessary to reiterate that my acceptance of the approach of the majority in *Tarquini* is marked by hesitation and subject to a number of questions. The lack of clarity surrounding the application of article 2930 C.C.Q. is of course the result of a not entirely felicitous drafting and wording of this provision, as is revealingly reflected in the deep division on this subject in the Court of Appeal. For now, the best we can hope for is that the impasse be resolved quickly, either through a new decision by the Court of Appeal — preferably unanimous one way or the other — through a decisive judgment by the Supreme Court or through a legislative amendment. [para. 44]

[97] In our view, there is therefore no support for the majority’s view or for disregarding the words of art. 2930 C.C.Q., which sets out the conditions for the prescription of an action “based on the obligation to make reparation for bodily injury caused to another”. It can be seen from the words of art. 2930 C.C.Q. that the legislature’s intent was to protect victims of bodily injury. If the legislature had intended to protect victims of moral or material injury in the same way, it would have expressly extended the scope of art. 2930 C.C.Q. as it did in other provisions of the Code (e.g. art. 1607 C.C.Q.).

[98] Furthermore, as the appellant astutely notes, the French legislature intervened in 2008 to enact a clear provision, art. 2226 of the *Code civil* (France), according to which a single prescriptive period applies to [TRANSLATION] “[a]n action in civil liability arising from an event that resulted in bodily injury, brought by the direct or indirect victim of the harm”. If the Quebec legislature intended to make a change such as this to art. 2930, it could do so.

[99] But it has not done so.

### III. Conclusion

[100] In our view, art. 2930 C.C.Q. bars the respondents’ claim. The action is not based on the obligation to make reparation for bodily injury caused to the respondents, because the respondents have suffered no interference with their physical integrity.

Au moment de conclure cet exposé, le soussigné croit nécessaire de réitérer que son adhésion à la thèse des juges majoritaires dans l’arrêt *Tarquini* demeure hésitante et se heurte çà et là à certains questionnements. De toute évidence, le flou entourant l’application de l’article 2930 C.C.Q. a pour cause une conception et une rédaction plus ou moins heureuses de ce texte de loi, ce dont témoigne avec éloquence la profonde division qui prévaut sur le sujet au niveau de la Cour d’appel. Pour l’instant, nous pouvons tout au plus espérer la résolution prochaine de l’impasse, soit par un nouvel arrêt de la Cour d’appel, de préférence unanime dans un sens ou dans l’autre, soit par un arrêt décisif de la Cour suprême, soit encore par un amendement législatif. [par. 44]

[97] Ainsi, à notre avis, rien ne justifie l’opinion majoritaire et le fait d’ignorer le libellé de l’art. 2930 C.c.Q., lequel prévoit les modalités de prescription d’une action « fondée sur l’obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui ». Le texte de l’art. 2930 C.c.Q. permet de déceler l’intention du législateur de protéger la victime d’un préjudice corporel. S’il avait voulu protéger la victime d’un préjudice moral ou matériel de la même manière, le législateur aurait expressément étendu la portée de l’art. 2930 C.c.Q. comme il le fait dans d’autres dispositions du Code (ex. : art. 1607 C.c.Q.).

[98] D’ailleurs, comme le souligne à bon escient l’appelante, le législateur français est intervenu en 2008 en adoptant un article clair, l’art. 2226 du *Code civil* (France) assujettissant à un même délai de prescription « [l]’action en responsabilité née à raison d’un événement ayant entraîné un dommage corporel, engagée par la victime directe ou indirecte des préjudices qui en résultent ». Si le législateur québécois voulait apporter un tel changement à l’art. 2930, il pourrait le faire.

[99] Ce n’est pas ce qu’il a fait.

### III. Conclusion

[100] Nous sommes d’avis que l’art. 2930 C.c.Q. fait échec à la demande des intimés. L’action n’est pas fondée sur l’obligation de réparer le préjudice corporel causé aux intimés puisqu’ils n’ont pas subi d’atteinte à leur intégrité physique.

[101] Although we sympathize with the respondents, the law and the principles of statutory interpretation do not admit of any other outcome. We are duty-bound to apply the provision enacted by the legislature.

[102] For these reasons, we would allow the appeal.

*Appeal dismissed with costs, CÔTÉ and BROWN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Gagnier Guay Biron, Montréal.*

*Solicitors for the respondents: Gasco Goodhue St-Germain, Montréal.*

[101] Malgré la sympathie que nous éprouvons pour les intimés, le droit et les principes d'interprétation législative ne nous permettent pas d'en arriver à un autre résultat. Il est de notre devoir de respecter le texte adopté par le législateur.

[102] Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges CÔTÉ et BROWN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Gagnier Guay Biron, Montréal.*

*Procureurs des intimés : Gasco Goodhue St-Germain, Montréal.*

**Michael Shawn Bourgeois** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. BOURGEOIS**

**2017 SCC 49**

File No.: 37461.

2017: October 13.

Present: Moldaver, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Accused convicted of sexual assault — Court of Appeal finding that appellate intervention not warranted — Verdict not unreasonable — Conviction upheld.*

**Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Martin and Slatter JJ.A.), 2017 ABCA 32, 345 C.C.C. (3d) 439, [2017] 5 W.W.R. 455, 49 Alta. L.R. (6th) 11, [2017] A.J. No. 79 (QL), 2017 CarswellAlta 106 (WL Can.), affirming the conviction of the accused for sexual assault. Appeal dismissed.

*Jennifer Ruttan and Michael Bates*, for the appellant.

*Brian Graff*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — This appeal comes to us as of right from the Court of Appeal of Alberta. A majority of the court concluded that there was no basis for overturning the appellant’s conviction for sexual assault. Justice Berger, dissenting, held that the verdict was unreasonable pursuant to s. 686(1)(a)(i) of

**Michael Shawn Bourgeois** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. BOURGEOIS**

**2017 CSC 49**

N° du greffe : 37461.

2017 : 13 octobre.

Présents : Les juges Moldaver, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ALBERTA

*Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Accusé déclaré coupable d’agression sexuelle — Conclusion de la Cour d’appel portant que son intervention n’était pas requise — Verdict jugé non déraisonnable — Déclaration de culpabilité confirmée.*

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)a)(i).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Berger, Martin et Slatter), 2017 ABCA 32, 345 C.C.C. (3d) 439, [2017] 5 W.W.R. 455, 49 Alta. L.R. (6th) 11, [2017] A.J. No. 79 (QL), 2017 CarswellAlta 106 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l’accusé. Pourvoi rejeté.

*Jennifer Ruttan et Michael Bates*, pour l’appellant.

*Brian Graff*, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Le présent appel de plein droit vise un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta dans lequel celle-ci a jugé, à la majorité, qu’aucune raison ne justifiait d’infirmier la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l’appellant. Dissident, le juge Berger a conclu

the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. We are not persuaded that the trial judge reached his decision by an illogical or irrational reasoning process; nor are we persuaded that his verdict was unreasonable within the meaning of s. 686(1)(a)(i). As a result, we would dismiss the appeal.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Ruttan Bates, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.*

qu'il s'agissait d'un verdict déraisonnable visé au sous-al. 686(1)a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Nous ne sommes pas convaincus que la décision du juge du procès découle d'un raisonnement illogique ou irrationnel; nous ne sommes pas non plus convaincus qu'elle constituait un verdict déraisonnable visé au sous-al. 686(1)a)(i). En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : Ruttan Bates, Calgary.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Calgary.*

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour suprême  
du Canada**

---

**Part 2, 2017 Vol. 2**

**2<sup>e</sup> cahier, 2017 Vol. 2**

Cited as [2017] 2 S.C.R. 289-537

Renvoi [2017] 2 R.C.S. 289-537

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.  
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef  
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
BARBARA KINCAID

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	Legal Counsel / Conseillers juridiques ANDRÉ GOLDENBERG	JACQUELINE STENCEL
JANICE CHENEY	LEE ANN GORMAN	LESLI TAKAHASHI
HARLEY D'AOÛT	KAREN LEVASSEUR	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	STÉPHANIE MORIN	RENÉE THÉRIALT
ANNE DES ORMEAUX	JOANNE NORMAN	RENÉE MARIA TREMBLAY
GENEVIÈVE DOMEY	IDA SMITH	ANNA TURINOV

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

DAVID AUBRY	Jurilinguists / Jurilinguistes MARIE-CHRISTIANE BOUCHER	MARIE RODRIGUE
STEPHEN BALOGH	JULIE BOULANGER	CLAIRE VALLÉE
	AUDRA POIRIER	

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
PETER O'DOHERTY

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques MINA CONNELLY	LAUREN KOSHURBA
AUDREY-ANNE BERGERON		LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0J1 together with the old address.*

*Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.*



## CONTENTS

### **Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) ..... 289**

Immigration — Inadmissibility and removal — Permanent residents — Serious criminality — Permanent resident convicted of federal offence receiving 12-month conditional sentence — Maximum sentence for offence increased after offence committed but before conviction and sentencing — Whether conditional sentence is “term of imprisonment” for purposes of assessing permanent resident’s inadmissibility to Canada on grounds of serious criminality under s. 36(1)(a) of Immigration and Refugee Protection Act — Whether “maximum term of imprisonment” referred to in s. 36(1)(a) is maximum sentence that could have been imposed at time of commission of offence or of admissibility determination — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 36(1)(a).

### **Teva Canada Ltd. v. TD Canada Trust ..... 317**

Commercial law — Bills of exchange — Fraudulent cheques — Conversion — Defences — Banks — Approach to determine whether payee is “fictitious or non-existing” within meaning of s. 20(5) of Bills of Exchange Act — Employee implementing fraudulent cheque scheme using similar or identical names of employer company’s real customers to whom company owed no debt — Employer’s accounts payable department issuing cheques with mechanically applied signatures — Employee opening bank accounts in names of registered businesses and depositing fraudulent cheques — Whether company or collecting banks should bear loss resulting from fraud — Whether collecting banks liable to company for conversion — Whether cheques payable to fictitious or non-existing person — Bills of Exchange Act, R.S.C. 1985, c. B-4, s. 20(5).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) ..... 289**

Immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Résidents permanents — Grande criminalité — Résident permanent déclaré coupable d’une infraction fédérale et condamné à une peine d’emprisonnement avec sursis de 12 mois — Peine maximale accrue après la commission de l’infraction, mais avant la déclaration de culpabilité et l’infliction de la peine — Une peine d’emprisonnement avec sursis constitue-t-elle un « emprisonnement » pour l’évaluation de l’interdiction de territoire au Canada pour grande criminalité en application de l’art. 36(1)a) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés? — L’« emprisonnement maximal » dont il est question à l’art. 36(1)a) correspond-il à la peine maximale qui aurait pu être infligée au moment de la commission de l’infraction ou de la décision relative à l’interdiction de territoire? — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 36(1)a).

### **Teva Canada Ltée c. TD Canada Trust ..... 317**

Droit commercial — Lettres de change — Chèques frauduleux — Détournement — Moyens de défense — Banques — Approche permettant de décider si un preneur est ou non une personne « fictive ou qui n’existe pas » au sens de l’art. 20(5) de la Loi sur les lettres de change — Mise au point par un employé d’une société d’un stratagème frauduleux consistant à utiliser des noms semblables ou identiques à ceux de clients véritables de son employeur auxquels ce dernier ne devait pourtant aucune somme — Émission par le service des comptes fournisseurs de l’employeur de chèques revêtus de signatures apposées mécaniquement — Ouverture par l’employé au nom d’entreprises enregistrées par lui de comptes bancaires sur lesquels il a déposé le montant des chèques frauduleux — Qui de la société ou des banques d’encaissement devrait supporter la perte infligée par la fraude? — Les banques d’encaissement sont-elles coupables de détournement vis-à-vis de la société? — Les chèques étaient-ils payables à une personne fictive ou qui n’existe pas? — Loi sur les lettres de change, L.R.C. 1985, c. B-4, art. 20(5).

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **R. v. Robinson ..... 382**

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Misapprehension of evidence — Accused convicted of perjury — Court of Appeal holding that trial judge's findings not unreasonable and that trial judge did not misapprehend evidence — Conviction upheld.

### **R. v. Millington ..... 384**

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Misapprehension of evidence — Issue estoppel — Abuse of process — Accused and three other RCMP officers charged with perjury after providing inaccurate testimony at inquest into death of visitor tasered by accused at airport — Separate trials held — Accused and another officer convicted but two officers acquitted — Court of Appeal holding that trial judge committed no reviewable errors in findings of fact, did not misapprehend evidence and did not err in allowing Crown to pursue issue of collusion at trial of accused — Conviction upheld.

### **Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations) ..... 386**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — First Nation alleging that ski resort project would drive spirit central to their religious beliefs from their traditional territory — Provincial government approving ski resort despite claim by First Nation that development would breach right to freedom of religion — Whether Minister's decision violates s. 2(a) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Aboriginal rights — Crown — Duty to consult — Provincial government approving ski resort despite claim by First Nation that development would breach constitutional right to protection of Aboriginal interests — Whether Minister's decision that Crown had met duty to consult and accommodate was reasonable — Constitution Act, 1982, s. 35.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **R. c. Robinson ..... 382**

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Mauvaise appréciation de la preuve — Accusé déclaré coupable de parjure — Décision de la Cour d'appel portant que les conclusions du juge du procès n'étaient pas déraisonnables et que ce dernier n'avait pas mal apprécié la preuve — Déclaration de culpabilité confirmée.

### **R. c. Millington ..... 384**

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Mauvaise appréciation de la preuve — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Abus de procédure — Accusations de parjure déposées contre l'accusé et trois autres agents de la GRC pour témoignages inexacts fournis lors d'une enquête concernant le décès d'un visiteur dans un aéroport par suite de l'utilisation contre celui-ci d'un pistolet paralysant par l'accusé — Tenue de procès distincts — Déclaration de culpabilité inscrite contre l'accusé et un autre agent mais acquittement prononcé en faveur des deux autres agents — Décision de la Cour d'appel portant que les conclusions de fait du juge du procès n'étaient entachées d'aucune erreur révisable, que ce dernier n'avait pas mal apprécié la preuve et qu'il n'avait pas commis d'erreur en permettant à la Couronne de soulever la question de la collusion au procès de l'accusé — Déclaration de culpabilité confirmée.

### **Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations) ..... 386**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Allégation d'une première nation selon laquelle un projet de station de ski chasserait de son territoire traditionnel un esprit qui est au cœur de ses croyances religieuses — Approbation par le gouvernement provincial de l'aménagement d'une station de ski malgré la prétention d'une première nation selon laquelle l'aménagement porterait atteinte à son droit à la liberté de religion — La décision du Ministre viole-t-elle l'art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Couronne — Obligation de consulter — Approbation par le gouvernement provincial de l'aménagement d'une station de ski malgré la prétention d'une première nation selon laquelle l'aménagement porterait atteinte à son droit constitutionnel à la protection des intérêts autochtones — La décision du Ministre que la Couronne s'est acquittée de son obligation de consulter et d'accommoder était-elle raisonnable? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Association of Justice Counsel v. Canada (Attorney General) ..... 456**

Labour relations — Arbitration — Grievances — Collective agreements — Residual management rights — Work schedule — Balancing of interests approach — Employer unilaterally imposing directive making after-hour standby shifts mandatory for lawyers in order to respond to urgent immigration matters — Lawyers no longer compensated for entire period spent on standby but only for hours actually worked on urgent requests — Whether mandatory standby duty directive is reasonable and fair exercise of employer's management rights under collective agreement — Whether adjudicator's assessment of different interests at stake and ultimate balancing of those interests was reasonable.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Scope of right — Privacy — Collective agreement prohibiting employer from imposing workplace policy that would restrict lawyers' constitutional rights — Employer unilaterally imposing directive making after-hour standby shifts mandatory for lawyers in order to respond to urgent immigration matters — Lawyers no longer compensated for entire period spent on standby but only for hours actually worked on urgent requests — Whether employer's mandatory standby duty directive infringes right to liberty protected by s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

### **Barreau du Québec v. Québec (Attorney General) ..... 488**

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Statutory provisions establishing exception to monopoly on practice of advocates for certain proceedings under Act respecting administrative justice — Administrative Tribunal of Québec concluding that its enabling statute authorizes person who is not advocate to prepare and draw up written proceedings in name of Minister of Employment and Social Solidarity and that that power is

## SOMMAIRE (Suite)

### **Association des juristes de justice c. Canada (Procureur général) ..... 456**

Relations du travail — Arbitrage — Grievs — Conventions collectives — Droits résiduels de la direction — Horaire de travail — Démarche axée sur la mise en balance des intérêts — Imposition unilatérale, par l'employeur, d'une directive obligeant les juristes à effectuer des quarts de garde après les heures normales de travail afin de pouvoir intervenir dans des affaires urgentes en matière d'immigration — Juristes n'étant plus rémunérés pour toute la période de garde, mais uniquement pour les heures effectivement travaillées sur des demandes urgentes — La directive en matière de quarts de garde obligatoires constitue-t-elle un exercice raisonnable et équitable des droits de la direction de l'employeur prévus dans la convention collective? — L'appréciation par l'arbitre de grief des divers intérêts en jeu et sa mise balance finale de ceux-ci étaient-elles raisonnables?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Portée du droit — Protection de la vie privée — Convention collective interdisant à l'employeur d'imposer une politique en milieu de travail qui aurait pour effet de restreindre les droits constitutionnels des juristes — Imposition unilatérale, par l'employeur, d'une directive obligeant les juristes à effectuer des quarts de garde après les heures normales de travail afin de pouvoir intervenir dans des affaires urgentes en matière d'immigration — Juristes n'étant plus rémunérés pour toute la période de garde, mais uniquement pour les heures effectivement travaillées sur des demandes urgentes — La directive sur les quarts de garde obligatoires de l'employeur porte-t-elle atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

### **Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale) ..... 488**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Dispositions législatives prévoyant une exception au monopole d'exercice des avocats en cas de certains recours en vertu de la Loi sur la justice administrative — Tribunal administratif du Québec concluant que sa loi constitutive autorise un non-avocat à préparer et rédiger des actes de procédure au nom du ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale et que ce pouvoir n'entre pas en

## CONTENTS (Concluded)

not in conflict with Act respecting the Barreau du Québec — Standard of review applicable to that decision — Act respecting administrative justice, CQLR, c. J-3, s. 102 — Act respecting the Barreau du Québec, CQLR, c. B-1, ss. 128(2)(a)(5), 129(b).

Administrative law — Boards and tribunals — Procedure — Representation by advocate — Statutory provisions establishing exception to monopoly on practice of advocates for certain proceedings under Act respecting administrative justice — Written proceedings prepared, drawn up, signed and filed by person who was not advocate in name of Minister of Employment and Social Solidarity for cases before social affairs division of Administrative Tribunal of Québec — Whether Minister's right "to be represented by the person of his . . . choice" encompasses both oral and written representation — Act respecting administrative justice, CQLR, c. J-3, s. 102 — Act respecting the Barreau du Québec, CQLR, c. B-1, ss. 128(2)(a)(5), 129(b).

## SOMMAIRE (Fin)

conflit avec la Loi sur le Barreau — Quelle est la norme de contrôle applicable à cette décision? — Loi sur la justice administrative, RLRQ, c. J-3, art. 102 — Loi sur le Barreau, RLRQ, c. B-1, art. 128(2)a)5°, 129b).

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Procédure — Représentation par un avocat — Dispositions législatives prévoyant une exception au monopole d'exercice des avocats en cas de certains recours en vertu de la Loi sur la justice administrative — Actes de procédure préparés, rédigés, signés et déposés par un non-avocat au nom du ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale dans dossiers devant la section des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec — Le droit du ministre de « se faire représenter par une personne de son choix » comprend-il à la fois la représentation de vive voix et la représentation par écrit? — Loi sur la justice administrative, RLRQ, c. J-3, art. 102 — Loi sur le Barreau, RLRQ, c. B-1, art. 128(2)a)5°, 129b).

**Thanh Tam Tran** *Appellant*

v.

**Minister of Public Safety and Emergency Preparedness** *Respondent*

and

**Attorney General of British Columbia, Canadian Association of Refugee Lawyers, British Columbia Civil Liberties Association and African Canadian Legal Clinic** *Interveners*

**INDEXED AS: TRAN v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

**2017 SCC 50**

File No.: 36784.

2017: January 13; 2017: October 19.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Immigration — Inadmissibility and removal — Permanent residents — Serious criminality — Permanent resident convicted of federal offence receiving 12-month conditional sentence — Maximum sentence for offence increased after offence committed but before conviction and sentencing — Whether conditional sentence is “term of imprisonment” for purposes of assessing permanent resident’s inadmissibility to Canada on grounds of serious criminality under s. 36(1)(a) of Immigration and Refugee Protection Act — Whether “maximum term of imprisonment” referred to in s. 36(1)(a) is maximum sentence that could have been imposed at time of commission of offence or of admissibility determination — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 36(1)(a).*

**Thanh Tam Tran** *Appelant*

c.

**Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile** *Intimé*

et

**Procureur général de la Colombie-Britannique, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, British Columbia Civil Liberties Association et Clinique juridique africaine canadienne** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : TRAN c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

**2017 CSC 50**

N° du greffe : 36784.

2017 : 13 janvier; 2017 : 19 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Résidents permanents — Grande criminalité — Résident permanent déclaré coupable d’une infraction fédérale et condamné à une peine d’emprisonnement avec sursis de 12 mois — Peine maximale accrue après la commission de l’infraction, mais avant la déclaration de culpabilité et l’infliction de la peine — Une peine d’emprisonnement avec sursis constitue-t-elle un « emprisonnement » pour l’évaluation de l’interdiction de territoire au Canada pour grande criminalité en application de l’art. 36(1)a de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés? — L’« emprisonnement maximal » dont il est question à l’art. 36(1)a correspond-il à la peine maximale qui aurait pu être infligée au moment de la commission de l’infraction ou de la décision relative à l’interdiction de territoire? — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 36(1)a.*

T, a permanent resident in Canada, was charged with a federal offence for which, at the time of the commission of the offence, the maximum penalty was seven years of imprisonment. After he was charged, but prior to his conviction, the maximum penalty for that offence was increased to 14 years of imprisonment. T was convicted of the charge against him, and received a 12-month conditional sentence of imprisonment to be served in the community.

Following T's conviction and sentencing, immigration officers prepared a report stating that T was inadmissible to Canada on grounds of serious criminality, under s. 36(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* ("IRPA"). This provision provides that a permanent resident is inadmissible to Canada for having been convicted in Canada of a federal offence punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of a federal offence for which a term of imprisonment of more than 6 months has been imposed. The report was then submitted to a delegate of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, who decided to adopt it and refer the matter to the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board for an admissibility hearing. T applied for judicial review of the delegate's decision. The reviewing judge allowed the application, finding that the offence of which T was convicted did not come within s. 36(1)(a) of the IRPA and that the delegate's decision to the contrary was unreasonable. The Court of Appeal allowed the Minister's appeal.

*Held:* The appeal should be allowed, the decision of the Minister's delegate quashed and the matter remitted to a different delegate.

The modern principle of statutory interpretation is that the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. Applying this approach, the interpretation of s. 36(1)(a) of the IRPA by the Minister's delegate cannot stand under either standard of review.

Conditional sentences are not captured in the meaning of the phrase "term of imprisonment" in s. 36(1)(a) of the IRPA. The purpose of s. 36(1)(a) is to define "serious criminality" for permanent residents convicted of an offence in Canada. It is clear from the wording of the provision that whether or not an imposed sentence can

T, un résident permanent au Canada, a été accusé d'une infraction fédérale passible, au moment de sa commission, d'une peine maximale de sept ans d'emprisonnement. Après que T a été accusé, mais avant qu'il soit déclaré coupable, la peine maximale dont était passible ceux qui se rendaient coupables de l'infraction a été portée à 14 ans d'emprisonnement. T a été déclaré coupable de l'accusation portée contre lui et il a été condamné à une peine de 12 mois d'emprisonnement avec sursis à purger dans la communauté.

Après que T a été déclaré coupable et que sa peine lui a été infligée, des agents d'immigration ont préparé un rapport selon lequel il était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité, en application de l'al. 36(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (« LIPR »). Suivant cette disposition, un résident permanent est interdit de territoire au Canada s'il a été déclaré coupable au Canada d'une infraction fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans, ou d'une infraction fédérale pour laquelle il a été condamné à une peine d'emprisonnement de plus de 6 mois. Le rapport a ensuite été soumis à un délégué du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, qui a décidé de l'adopter et de déférer l'affaire à la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour enquête. T a demandé un contrôle judiciaire de la décision du délégué. Le juge qui a procédé au contrôle a accueilli la demande, puisqu'il a conclu que l'infraction dont T avait été reconnu coupable ne tombe pas sous le coup de l'al. 36(1)a) de la LIPR et que la décision contraire du délégué était déraisonnable. La Cour d'appel a fait droit à l'appel interjeté par le ministre.

*Arrêt :* L'appel est accueilli, la décision du délégué du ministre est annulée et l'affaire est renvoyée à un autre délégué.

Le principe moderne d'interprétation législative veut qu'il faille lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, son objet et l'intention du législateur. Suivant cette approche, que l'on applique l'une ou l'autre des normes de contrôle, l'interprétation de l'al. 36(1)a) de la LIPR adoptée par le délégué du ministre ne peut être maintenue.

Les peines d'emprisonnement avec sursis ne sont pas visées par le terme « emprisonnement » de l'al. 36(1)a) de la LIPR. L'objet de l'al. 36(1)a) est de définir la « grande criminalité » pour les résidents permanents déclarés coupables d'une infraction au Canada. Clairement, selon le libellé de la disposition, la question de savoir si une peine

establish serious criminality depends on its length — it must be “more than six months”. However, the seriousness of criminality punished by a certain length of jail sentence is not the same as the seriousness of criminality punished by an equally long conditional sentence. Conditional sentences, even with stringent conditions, will usually be more lenient than jail terms of equivalent duration, and generally indicate less serious criminality than jail terms. Since a conditional sentence is a meaningful alternative to incarceration for less serious and non-dangerous offenders, interpreting “a term of imprisonment of more than six months” as including both prison sentences and conditional sentences undermines the efficacy of using length to evaluate the seriousness of criminality.

Furthermore, the meaning of “term of imprisonment” varies according to the statutory context. Its meaning in ss. 36(1)(a) and 64 of the *IRPA* has been interpreted by this Court to mean “prison”. This interpretation avoids absurd results. Since more serious crimes may be punished by jail sentences that are shorter than conditional sentences imposed for less serious crimes, it would be an absurd outcome if less serious and non-dangerous offenders who received conditional sentences were deported, while more serious offenders receiving jail terms shorter than those conditional sentences were permitted to remain in Canada. Public safety, as an objective of the *IRPA*, is not enhanced by deporting less culpable offenders while allowing more culpable persons to remain in Canada.

The phrase “punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years” in s. 36(1)(a) of the *IRPA* refers to the maximum term of imprisonment available at the time of the commission of the offence, and is to be understood as referring to the circumstances of the actual offender or of others in similar circumstances. This interpretation aligns with the purpose of the *IRPA*, as outlined in s. 3. The *IRPA* aims to permit Canada to obtain the benefits of immigration, while recognizing the need for security and outlining the obligations of permanent residents. The obligation of permanent residents to behave lawfully includes not engaging in “serious criminality” as defined in s. 36(1); however, that obligation must be communicated to them in advance. While Parliament is entitled to change its views on the seriousness of a crime, it is not entitled to alter the mutual obligations between

infligée peut établir la grande criminalité dépend de sa durée — elle doit être « de plus de six mois ». Cependant, la gravité de la criminalité punie par une durée donnée d’incarcération n’est pas la même que la gravité de la criminalité punie par une peine d’emprisonnement avec sursis de la même durée. Une ordonnance d’emprisonnement avec sursis, même assortie de conditions rigoureuses, est généralement une peine plus clémente qu’un emprisonnement de même durée et est généralement une indication d’une moins grande criminalité que les peines d’incarcération. Comme la peine d’emprisonnement avec sursis constitue une solution de rechange à l’incarcération de certains délinquants moins et non dangereux, interpréter un « emprisonnement de plus de six mois » comme incluant à la fois des peines d’incarcération et des peines d’emprisonnement avec sursis réduit l’à-propos d’utiliser la durée pour évaluer la gravité de la criminalité.

En outre, le sens du terme « emprisonnement » varie selon le contexte législatif. Dans le cas de l’al. 36(1)a) et l’art. 64 de la *LIPR*, la Cour a jugé qu’il renvoie à la notion de « prison ». Cette interprétation évite de donner lieu à des résultats absurdes. Puisque des crimes plus graves sont punissables de peines d’incarcération qui sont plus courtes que les peines d’emprisonnement avec sursis infligées pour des crimes moins graves, il serait absurde qu’un délinquant moins et non dangereux condamné à un emprisonnement avec sursis soit expulsé, tandis qu’un délinquant ayant commis une infraction plus grave qui s’est vu infliger une peine d’incarcération plus courte que cet emprisonnement avec sursis puisse demeurer au Canada. Expulser des contrevenants ayant commis des infractions moins graves tout en permettant à des personnes ayant commis des infractions plus graves de demeurer au Canada ne contribuerait pas à accroître la sécurité publique, qui constitue un objectif de la *LIPR*.

L’expression « punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans » de l’al. 36(1)a) de la *LIPR* se rapporte à la peine maximale que l’accusé aurait pu se voir infliger au moment de la commission de l’infraction et doit être comprise en fonction des circonstances relatives au contrevenant visé, ou à d’autres personnes dans des situations semblables. Cette interprétation est conforme à l’objet de la *LIPR* énoncé à l’art. 3. La *LIPR* vise à permettre au Canada de profiter des avantages de l’immigration, tout en reconnaissant la nécessité d’assurer la sécurité et d’énoncer les obligations des résidents permanents. L’obligation de ces derniers de se conformer à la loi comprend celle de ne pas se livrer à des activités de « grande criminalité » comme le prévoit le par. 36(1); cette obligation doit toutefois leur être communiquée à l’avance. Bien que le législateur puisse changer de

permanent residents and Canadian society without clearly and unambiguously doing so. Section 36(1)(a) must be interpreted in a way that respects these mutual obligations. In the absence of an indication that Parliament has considered the retrospectivity of this provision and the potential for it to have unfair effects, the presumption against retrospectivity applies. Accordingly, the relevant date for assessing serious criminality under s. 36(1)(a) is the date of the commission of the offence, not the date of the admissibility decision.

### Cases Cited

**Considered:** *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; **referred to:** *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Shah*, 2003 BCCA 294, 182 B.C.A.C. 142; *R. v. Saundercook-Menard*, 2008 ONCA 493; *R. v. Chapman*, 2007 YKSC 55; *R. v. Jacobson* (2006), 207 C.C.C. (3d) 270; *R. v. Keller*, 2009 ABCA 418, 469 A.R. 151; *R. v. Sandhu*, 2014 ONCJ 95; *R. v. Kasakan*, 2006 SKCA 14, [2006] 8 W.W.R. 23; *R. v. Lebar*, 2010 ONCA 220, 101 O.R. (3d) 263; *R. v. Knoblauch*, 2000 SCC 58, [2000] 2 S.C.R. 780; *R. v. Wu*, 2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530; *R. v. Middleton*, 2009 SCC 21, [2009] 1 S.C.R. 674; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *R. v. Pham*, 2013 SCC 15, [2013] 1 S.C.R. 739; *R. v. Vine* (1875), L.R. 10 Q.B. 195; *In re A Solicitor's Clerk*, [1957] 1 W.L.R. 1219; *R. v. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(i).  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, s. 7(1), (2)(b) [rep. & sub. 2012, c. 1, s. 41], (2)(b)(v).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 742 to 742.7.  
*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, s. 27(1)(d).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3, 36(1), 44(1), (2), 45(a), (c), (d), 46(1)(c), 50(b), 63(3), 64(2) [am. 2013, c. 16, s. 24], 74(d).

position au sujet de la gravité d'un crime, il ne peut changer les obligations mutuelles entre les résidents permanents et la société canadienne sans le faire clairement et sans équivoque. Il faut interpréter l'al. 36(1)a) d'une manière qui respecte ces obligations mutuelles. En l'absence d'une indication selon laquelle le législateur a envisagé qu'une loi soit rétrospective et ainsi possiblement inéquitable, la présomption du caractère non rétrospectif s'applique. Par conséquent, la date pertinente pour évaluer la grande criminalité dont il est question à l'al. 36(1)a) est la date de la commission de l'infraction, et non la date de la décision quant à l'interdiction de territoire.

### Jurisprudence

**Arrêts examinés :** *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; **arrêts mentionnés :** *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Shah*, 2003 BCCA 294, 182 B.C.A.C. 142; *R. c. Saundercook-Menard*, 2008 ONCA 493; *R. c. Chapman*, 2007 YKSC 55; *R. c. Jacobson* (2006), 207 C.C.C. (3d) 270; *R. c. Keller*, 2009 ABCA 418, 469 A.R. 151; *R. c. Sandhu*, 2014 ONCJ 95; *R. c. Kasakan*, 2006 SKCA 14, [2006] 8 W.W.R. 23; *R. c. Lebar*, 2010 ONCA 220, 101 O.R. (3d) 263; *R. c. Knoblauch*, 2000 CSC 58, [2000] 2 R.C.S. 780; *R. c. Wu*, 2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530; *R. c. Middleton*, 2009 CSC 21, [2009] 1 R.C.S. 674; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Black-Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *R. c. Pham*, 2013 CSC 15, [2013] 1 R.C.S. 739; *R. c. Vine* (1875), L.R. 10 Q.B. 195; *In re A Solicitor's Clerk*, [1957] 1 W.L.R. 1219; *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11i).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 742 à 742.7.  
*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19, art. 7(1), (2)b) [abr. & rempl. 2012, c. 1, art. 41], (2)b)(v).  
*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, art. 27(1)d).



*Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1, s. 41.

### Authors Cited

- Ashworth, Andrew. *Positive Obligations in Criminal Law*. Oxford: Hart, 2013.
- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated April 2017, release 1).
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, No. 064, 1st Sess., 41st Parl., November 28, 2012, pp. 2-5.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 148, No. 168, 1st Sess., 41st Parl., May 30, 2013, p. 4081.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Fuller, Lon. L. *The Morality of Law*, rev. ed. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1969.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Gauthier, Ryer and Near JJ.A.), 2015 FCA 237, [2016] 2 F.C.R. 459, 478 N.R. 165, 392 D.L.R. (4th) 351, 38 Imm. L.R. (4th) 175, [2015] F.C.J. No. 1324 (QL), 2015 CarswellNat 5677 (WL Can.), setting aside a decision of O'Reilly J., 2014 FC 1040, 31 Imm. L.R. (4th) 160, [2014] F.C.J. No. 1106 (QL), 2014 CarswellNat 4405 (WL Can.). Appeal allowed.

*Peter H. Edelmann, Aris Daghighian and Erin C. Roth*, for the appellant.

*François Joyal and Kathryn Hucal*, for the respondent.

Written submissions only by *Christina Drake*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*John Norris*, for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers.

*Lorne Waldman and Warda Shazadi Meighen*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, art. 3, 36(1), 44(1), (2), 45a), c), d), 46(1)c), 50b), 63(3), 64(2) [mod. 2013, c. 16, art. 24], 74d).

*Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1, art. 41.

### Doctrine et autres documents cités

- Ashworth, Andrew. *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford, Hart, 2013.
- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Toronto, Canvasback, 1998 (loose-leaf updated April 2017, release 1).
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, n° 064, 1<sup>re</sup> sess., 41<sup>e</sup> lég., 28 novembre 2012, p. 2-5.
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 148, n° 168, 1<sup>re</sup> sess., 41<sup>e</sup> lég., 30 mai 2013, p. 4081.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
- Fuller, Lon. L. *The Morality of Law*, rev. ed., New Haven (Conn.), Yale University Press, 1969.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Gauthier, Ryer et Near), 2015 CAF 237, [2016] 2 R.C.F. 459, 478 N.R. 165, 392 D.L.R. (4th) 351, 38 Imm. L.R. (4th) 175, [2015] A.C.F. n° 1324 (QL), 2015 CarswellNat 9252 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge O'Reilly, 2014 CF 1040, 31 Imm. L.R. (4th) 160, [2014] A.C.F. n° 1106 (QL), 2014 CarswellNat 4866 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Peter H. Edelmann, Aris Daghighian et Erin C. Roth*, pour l'appelant.

*François Joyal et Kathryn Hucal*, pour l'intimé.

Argumentation écrite seulement par *Christina Drake*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*John Norris*, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

*Lorne Waldman et Warda Shazadi Meighen*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

*Faisal Mirza, Dena Smith and Danardo Jones*, for the interveners the African Canadian Legal Clinic.

The judgment of the Court was delivered by

[1] CÔTÉ J. — Canada’s *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”), recognizes that there are important social, cultural and economic benefits to immigration. It also recognizes that successful integration of permanent residents involves mutual obligations for those new immigrants and for Canadian society.

[2] This appeal concerns the obligation of permanent residents to avoid “serious criminality”, as set out in s. 36(1)(a) of the *IRPA*. This obligation is breached when a permanent resident is convicted of a federal offence punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of a federal offence for which a term of imprisonment of more than 6 months has been imposed.

[3] The appellant, Thanh Tam Tran, was convicted of a federal offence and received a 12-month conditional sentence. At issue in this appeal is whether a conditional sentence consists of a “term of imprisonment” for the purposes of s. 36(1)(a) and whether, when the maximum sentence for an offence has changed over time, the “maximum term of imprisonment” referred to at s. 36(1) should be taken to be the maximum sentence that could have been imposed at the time of the commission of the offence, of the conviction, of sentencing or of the determination as to the permanent resident’s admissibility to Canada.

[4] For the reasons that follow, I would allow the appeal.

*Faisal Mirza, Dena Smith et Danardo Jones*, pour l’intervenante la Clinique juridique africaine canadienne.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE CÔTÉ — La *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27 (« *LIPR* »), reconnaît les importants avantages sociaux, culturels et économiques de l’immigration. Elle reconnaît également que le succès de l’intégration des résidents permanents implique des obligations mutuelles pour les nouveaux arrivants et pour la société canadienne.

[2] Le présent pourvoi porte sur l’obligation des résidents permanents d’éviter la « grande criminalité » comme le prévoit l’al. 36(1)a de la *LIPR*. Il y a violation de cette obligation lorsque le résident permanent est déclaré coupable d’une infraction à une loi fédérale punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins 10 ans, ou d’une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de 6 mois lui a été infligé.

[3] L’appelant, Thanh Tam Tran, a été déclaré coupable d’une infraction à une loi fédérale et a été condamné à une peine de 12 mois d’emprisonnement avec sursis. Les questions que nous sommes appelés à trancher en l’espèce sont celles de savoir si une peine d’emprisonnement avec sursis constitue un « emprisonnement » pour l’application de l’al. 36(1)a et si, lorsque la peine maximale pour une infraction a changé avec le temps, l’« emprisonnement maximal » dont il est question au par. 36(1) renvoie à celle qui aurait pu être infligée au moment de la perpétration de l’infraction, de la déclaration de culpabilité, du prononcé de la peine ou d’une décision concernant l’interdiction de territoire du résident permanent au Canada.

[4] Pour les motifs qui suivent, j’accueillerais le pourvoi.

## I. Background

[5] Section 36(1)(a) of the *IRPA* provides the basis for finding a permanent resident inadmissible to Canada on grounds of “serious criminality”:

**36 (1)** A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed;

Inadmissibility can lead to loss of status and removal from Canada.

[6] If a Canada Border Services Agency (“CBSA”) officer is of the opinion that a permanent resident is inadmissible, that officer may prepare a report setting out the relevant facts and transmit that report to the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (“Minister”) (*IRPA*, s. 44(1)). If the Minister is of the opinion that the report is well founded, the Minister may refer the report to the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (“Immigration Division”) for an admissibility hearing (s. 44(2)). However, even if he is of the opinion that the report is well founded, the Minister retains some discretion not to refer it to the Immigration Division.

[7] If the Minister does refer the report to the Immigration Division, an admissibility hearing is held for the permanent resident, and the Immigration Division must either recognize that person’s right to enter Canada (*IRPA*, s. 45(a)), authorize him or her to enter Canada for further examination (s. 45(c)), or make a removal order against that person (s. 45(d)). If a removal order is made, that person’s permanent resident status is lost (*IRPA*, s. 46(1)(c)). Although a right to appeal to the Immigration Appeal Division exists against a decision to make a removal order against a permanent resident (*IRPA*, s. 63(3)), there is no right to appeal by a permanent resident who has been found inadmissible on grounds of serious criminality if the finding of inadmissibility was “with respect to a crime that was punished in

## I. Contexte

[5] L’alinéa 36(1)a de la *LIPR* prévoit le fondement de l’interdiction de territoire au Canada d’un résident permanent pour « grande criminalité » :

**36 (1)** Empoient interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants :

a) être déclaré coupable au Canada d’une infraction à une loi fédérale punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans ou d’une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;

L’interdiction de territoire peut entraîner une perte de statut et le renvoi du Canada.

[6] Si un agent de l’Agence des services frontaliers du Canada (« ASFC ») estime qu’un résident permanent est interdit de territoire, il peut établir un rapport circonstancié qu’il transmet au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (« ministre ») : *LIPR*, par. 44(1). Si le ministre estime le rapport bien fondé, il peut déférer l’affaire à la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (« Section de l’immigration ») pour enquête : par. 44(2). Toutefois, même s’il estime le rapport bien-fondé, le ministre conserve un certain pouvoir discrétionnaire de ne pas déférer l’affaire à la Section de l’immigration.

[7] Si le ministre défère l’affaire à la Section de l’immigration, celle-ci tient une enquête et elle doit soit reconnaître le droit d’entrer de la personne au Canada (*LIPR*, al. 45a)), soit autoriser la personne à entrer au Canada pour contrôle complémentaire (al. 45c)), soit prendre une mesure de renvoi à son égard (al. 45d)). La prise d’une mesure de renvoi emporte perte du statut de résident permanent de cette personne : *LIPR*, al. 46(1)c). S’il est vrai qu’il est possible d’interjeter appel devant la Section d’appel de l’immigration d’une mesure de renvoi prononcée contre un résident permanent (*LIPR*, par. 63(3)), un tel résident ne peut faire appel d’une décision qui l’a déclaré interdit de territoire pour grande criminalité si sa déclaration de culpabilité « vise [. . .] l’infraction punie au Canada par

Canada by a term of imprisonment of at least six months” (*IRPA*, s. 64(2)).

[8] This appeal concerns the judicial review of a decision by the Minister to refer a report concerning Mr. Tran’s admissibility to the Immigration Division.

[9] Mr. Tran is a citizen of Vietnam. In 1989, he acquired permanent resident status in Canada. In March 2011, he was involved in a marijuana grow operation containing approximately 915 plants and was charged with production of a controlled substance, contrary to s. 7(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (“*CDSA*”). At the time of the commission of the offence, the maximum penalty if convicted was seven years of imprisonment (s. 7(2)(b)).

[10] On November 6, 2012, legislation came into effect (*Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1, s. 41) increasing the maximum sentence for this offence to 14 years of imprisonment and providing for a new minimum sentence of 2 years of imprisonment if the number of plants produced was more than 500 (*CDSA*, s. 7(2)(b)(v)).

[11] On November 29, 2012, Mr. Tran was convicted of the charge against him. On January 18, 2013, he received a 12-month conditional sentence of imprisonment, to be served in the community.

## II. Decisional History

### A. *Administrative Decisions*

[12] On July 26, 2013, a CBSA officer prepared a report stating that Mr. Tran was inadmissible to Canada under s. 36(1)(a) of the *IRPA*. A delegate of the Minister referred Mr. Tran’s case to the Immigration Division for an admissibility hearing. This referral was withdrawn on September 10, 2013, in view of legislative changes to appeal rights under s. 64(2) of the *IRPA*. Mr. Tran was given an opportunity to

un emprisonnement d’au moins six mois » : *LIPR*, par. 64(2).

[8] Le présent pourvoi porte sur le contrôle judiciaire d’une décision du ministre de déférer l’affaire concernant M. Tran à la Section de l’immigration.

[9] M. Tran est un citoyen du Vietnam. En 1989, il a obtenu le statut de résident permanent au Canada. En mars 2011, il a été impliqué dans une exploitation de culture de marijuana de quelque 915 plants et a été accusé de production d’une substance désignée, infraction prévue au par. 7(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (« *LRCDS* »). Au moment de la commission de l’infraction, une condamnation pouvait entraîner une peine maximale de sept ans d’emprisonnement : al. 7(2)b).

[10] Le 6 novembre 2012, est entrée en vigueur une disposition législative (*Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1, art. 41) augmentant la peine maximale pour cette infraction à 14 ans d’emprisonnement et prévoyant une nouvelle peine minimale de 2 ans pour un nombre de plants en cause supérieur à 500 : *LRCDS*, sous-al. 7(2)b)(v).

[11] Le 29 novembre 2012, M. Tran a été déclaré coupable de l’accusation portée contre lui. Le 18 janvier 2013, il a été condamné à une peine de 12 mois d’emprisonnement avec sursis à purger dans la communauté.

## II. Historique des décisions

### A. *Décisions administratives*

[12] Le 26 juillet 2013, un agent de l’ASFC a préparé un rapport selon lequel M. Tran était interdit de territoire au Canada en application de l’al. 36(1)a) de la *LIPR*. Un délégué du ministre a déféré le cas de M. Tran à la Section de l’immigration pour que celle-ci procède à une audition quant à son admissibilité. Cette mesure prise par le délégué a toutefois été annulée le 10 septembre 2013, étant donné les

make additional submissions as to why a removal order should not be sought against him.

[13] On October 4, 2013, Mr. Tran provided written submissions in which he argued that he did not fall within the purview of s. 36 because: (1) the conditional sentence order made against him was not a “term of imprisonment”, and therefore a “term of imprisonment of more than six months” had not been imposed; and (2) the *CDSA* amendments raising the maximum sentence for the offence for which he was convicted were not retroactively applicable to him, and therefore the offence, at the time he committed it, was not “punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years”. Mr. Tran also made submissions on various discretionary factors in support of his position that his case did not warrant referral to the Immigration Division.

[14] On October 7, 2013, a second CBSA officer submitted another report (“Report”) regarding Mr. Tran to a delegate of the Minister. The Report states, in part:

I recommend that this report be referred to an admissibility hearing and a deportation order be issued.

. . .

I have reviewed counsel’s submissions carefully and thoroughly, and given thought to each relevant point. Many are legal arguments that do not fall into the scope of my duties in this matter. In looking at my responsibility under the Act, I am guided by CIC Enforcement Manual ENF 6, which states I should consider the following non-exhaustive list of factors. I address each of them below, with consideration to additional and relevant points raised by counsel. [Emphasis added.]

(A.R., vol. I, at p. 1)

modifications législatives apportées aux droits d’appel prévus au par. 64(2) de la *LIPR*. M. Tran a alors été invité à présenter des observations additionnelles au soutien de sa thèse selon laquelle il ne devait pas faire l’objet d’une mesure de renvoi.

[13] Le 4 octobre 2013, M. Tran a présenté des observations écrites pour faire valoir qu’il n’était pas visé par l’art. 36 en raison des éléments suivants : (1) la peine d’emprisonnement avec sursis à laquelle il avait été condamné ne constituait pas un « emprisonnement », de sorte qu’aucun « emprisonnement de plus de six mois » n’avait été infligé; et (2) les modifications à la *LRCDas* qui augmentaient la peine maximale pour l’infraction dont il avait été déclaré coupable ne lui étaient pas applicables rétroactivement et, par conséquent, l’infraction, au moment où il l’avait commise, n’était pas « punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans ». M. Tran a également présenté des observations relatives à divers facteurs discrétionnaires au soutien de sa position voulant que son dossier ne devait pas être déféré à la Section de l’immigration.

[14] Le 7 octobre 2013, un deuxième agent de l’ASFC a soumis un rapport (« Rapport ») relatif à M. Tran à un délégué du ministre. Ce Rapport énonçait notamment ce qui suit :

[TRADUCTION] Je recommande que le présent rapport soit déféré à la Section de l’immigration pour enquête et qu’une mesure d’expulsion soit ordonnée.

. . .

J’ai examiné attentivement et en détail les observations de l’avocat, et j’ai étudié chaque élément pertinent. Plusieurs sont des arguments juridiques qui n’entrent pas dans le cadre de mes fonctions dans ce dossier. Dans l’exercice de ma responsabilité aux termes de la Loi, je me fonde sur le chapitre ENF 6 du Guide d’application de la loi de CIC, qui prévoit que je dois prendre en compte la liste non exhaustive de facteurs qui suit. J’aborde chacun de ces facteurs ci-dessous, tout en tenant compte des points additionnels pertinents soulevés par l’avocat. [Je souligne.]

(d.a., vol. I, p. 1)

The Report then canvasses conditions in Mr. Tran's home country of Vietnam, his degree of establishment in Canada, and the best interests of his children. Notably, the Report lists a series of arrests and charges without conviction, and a conviction for impaired driving, which are cited in support of a conclusion that Mr. Tran

tends to get arrested every couple of years. By failing to acknowledge any of his past problems, particularly his very recent conviction, it is my opinion that [Mr. Tran] is not accepting responsibility for his actions. Based on the little information before me, I can only assume he will reoffend because he has done so in the past and because he has not demonstrated any inclination to take responsibility for anything beyond what he thinks immigration officials are aware of. . . .

Based on all of the above information, and in consideration of the submissions made by counsel, it is my opinion that this report should be referred to a hearing. [Mr. Tran] has been involved in a serious criminal offence. The evidence provided is that he has been involved in criminal activity in the past and that he is not taking full responsibility for his actions. The mitigating factors (establishment, family, hardship in Vietnam, etc.) are overshadowed by the seriousness of the offence, [Mr. Tran]'s conduct in society, and the lack of any indication his behaviour will improve.

(A.R., vol. I, at p. 3)

[15] On October 10, 2013, the Minister's delegate endorsed the Report and referred the matter for an admissibility hearing before the Immigration Division. Mr. Tran then applied for judicial review of the delegate's decision.

B. *Judicial Review in the Federal Court, 2014 FC 1040, 31 Imm. L.R. (4th) 160*

[16] Justice O'Reilly found the decision to be unreasonable. He allowed Mr. Tran's application for judicial review and ordered that another officer consider the question of Mr. Tran's inadmissibility. The

Le Rapport fait ensuite état des conditions de vie au Vietnam, le pays d'origine de M. Tran, de son degré d'établissement au Canada et de l'intérêt supérieur de ses enfants. Plus particulièrement, le Rapport dresse la liste des arrestations et des accusations sans condamnation dont M. Tran a fait l'objet et d'une déclaration de culpabilité pour conduite avec facultés affaiblies, qui sont toutes citées à l'appui de la conclusion suivant laquelle M. Tran

[TRADUCTION] tend à se faire arrêter toutes les quelques années. Parce qu'il refuse de reconnaître ses problèmes passés, notamment sa condamnation très récente, je conclus qu'il n'assume pas la responsabilité de ses actes. À la lumière du peu de renseignements dont je dispose, je ne peux que supposer qu'il récidivera probablement parce que c'est ce qu'il a fait auparavant et parce qu'il n'a montré aucune volonté d'assumer de responsabilité à l'égard de quoi que ce soit, mis à part de ce qu'il croit être connu des agents d'immigration. . .

En me fondant sur l'ensemble de l'information précitée, et compte tenu des observations présentées par l'avocat, je suis d'avis que cette affaire devrait être déferée pour enquête. [M. Tran] a été impliqué dans une infraction criminelle grave. Selon la preuve fournie, il a participé à des activités criminelles dans le passé et il n'assume pas l'entière responsabilité de ses actes. Les circonstances atténuantes (établissement, famille, difficultés au Vietnam, etc.) sont éclipsées par la gravité de l'infraction, la conduite de M. Tran dans la société et l'absence d'indication que son comportement s'améliorera.

(d.a., vol. I, p. 3)

[15] Le 10 octobre 2013, le délégué du ministre a endossé le Rapport et a déferé l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête. M. Tran a ensuite demandé un contrôle judiciaire de la décision du délégué.

B. *Contrôle judiciaire en Cour fédérale, 2014 CF 1040*

[16] Selon le juge O'Reilly, la décision était déraisonnable. Il a accueilli la demande de contrôle judiciaire de M. Tran et ordonné qu'un autre agent examine la question de l'interdiction de territoire.

judge found that whether a conditional sentence is a “term of imprisonment” varies according to the statutory context; that conditional sentences are meant as an alternative to incarceration for less serious offences; and that Mr. Tran’s conditional sentence was not a “term of imprisonment” under the *IRPA*. Ergo, Mr. Tran had not been sentenced to a “term of imprisonment of more than six months”. On the maximum term of imprisonment question, O’Reilly J. found that s. 36(1)(a) referred to the maximum punishment available at the time of conviction (para. 20):

The maximum sentence at the time of his conviction was 7 years. While the maximum sentence was subsequently raised to 14 years, Mr. Tran was not punishable by a sentence of that duration. Therefore, the offence of which he was convicted did not come within s. 36(1)(a), and the officer’s decision to the contrary was unreasonable.

The judge also found the officer’s reliance on unproven allegations of criminal activity to be unreasonable.

[17] Justice O’Reilly certified two questions of general importance, thus permitting an appeal to the Federal Court of Appeal under s. 74(d) of the *IRPA*:

1. Is a conditional sentence of imprisonment imposed pursuant to the regime set out in ss. 742 to 742.7 of the *Criminal Code* [R.S.C. 1985, c. C-46] a “term of imprisonment” under s. 36(1)(a) of the *IRPA*?
2. Does the phrase “punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years” in s. 36(1)(a) of the *IRPA* refer to the maximum term of imprisonment available at the time the person was sentenced or to the maximum term of imprisonment under the law in force at the time admissibility is determined?

(2015 FC 899)

Le juge a conclu que la réponse à la question de savoir si une peine d’emprisonnement avec sursis constitue un « emprisonnement » varie selon le contexte législatif; que l’emprisonnement avec sursis constitue une solution de rechange à l’incarcération pour les infractions moins graves; et que la peine d’emprisonnement avec sursis à laquelle M. Tran a été condamné ne constitue pas un « emprisonnement » pour l’application de la *LIPR*. Par conséquent, M. Tran n’avait pas été condamné à un « emprisonnement de plus de six mois ». En ce qui a trait à la question de l’emprisonnement maximal, le juge O’Reilly a conclu que l’al. 36(1)a renvoyait à la peine maximale applicable au moment de la condamnation (par. 20 (CanLII)) :

La peine maximale à l’époque de la condamnation était une peine de 7 ans d’emprisonnement. Certes la peine maximale a par la suite été augmentée à 14 ans, mais M. Tran n’était pas passible d’une peine de cette durée. L’infraction à l’égard de laquelle il a été reconnu coupable ne tombe donc pas sous le coup de l’alinéa 36(1)a), et la décision contraire de l’agent est déraisonnable.

Le juge a également conclu qu’il était déraisonnable que l’agent se soit fondé sur des allégations d’activités criminelles non prouvées.

[17] Le juge O’Reilly a certifié deux questions de portée générale, permettant ainsi que l’appel soit instruit devant la Cour d’appel fédérale aux termes de l’al. 74d) de la *LIPR* :

1. Une peine d’emprisonnement avec sursis infligée dans le cadre du régime établi aux art. 742 à 742.7 du *Code criminel* [L.R.C. 1985, c. C-46] constitue-t-elle un « emprisonnement » au sens de l’al. 36(1)a) de la *LIPR*?
2. L’expression « punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans » employée à l’al. 36(1)a) de la *LIPR* vise-t-elle l’emprisonnement maximal en vigueur au moment où la personne a été condamnée ou l’emprisonnement maximal selon la loi en vigueur au moment de l’enquête?

(2015 CF 899)

C. *Federal Court of Appeal, 2015 FCA 237, [2016] 2 F.C.R. 459*

[18] Justice Gauthier, for a unanimous Federal Court of Appeal, allowed the Minister's appeal. She found that even if the reviewing judge's interpretation of s. 36(1)(a) was correct, he had nevertheless failed to do what he was required to do under a reasonableness standard on judicial review: to assess whether the interpretation adopted by the administrative decision maker fell within the range of interpretations defensible on the law and facts.

[19] Gauthier J.A. found that the interpretation of s. 36(1)(a) adopted by the Minister's delegate was not unreasonable. Regarding the actual term of imprisonment imposed (the first certified question), she held that it was not unreasonable to construe a conditional sentence as a "term of imprisonment" under s. 36(1)(a). She added that to say that a conditional sentence is more lenient than similar terms of incarceration does not mean that Parliament does not nevertheless consider the offence in question serious enough to warrant inadmissibility. She noted that the parliamentary committee debates about lowering the threshold of the term of imprisonment beyond which there is no right to appeal inadmissibility findings to the Immigration Appeal Division (*IRPA*, s. 64(2)) included three proposals to exclude conditional sentences, each of which was defeated. She explained that if Parliament considers a conditional sentence of at least six months to be sufficiently serious to warrant the loss of appeal rights, it was not unreasonable for the Minister's delegate to interpret a conditional sentence as a "term of imprisonment" under s. 36(1)(a).

C. *Cour d'appel fédérale, 2015 CAF 237, [2016] 2 R.C.F. 459*

[18] La juge Gauthier, qui a rendu l'arrêt unanime de la Cour d'appel fédérale, a accueilli l'appel du ministre. À son avis, même si l'interprétation que le juge qui a procédé au contrôle avait faite de l'al. 36(1)a) était correcte, il a néanmoins fait défaut d'appliquer la norme de la décision raisonnable en cas de contrôle judiciaire comme il devait le faire, soit en déterminant si l'interprétation retenue par le décideur administratif faisait partie de la gamme des interprétations justifiables au regard des faits et du droit.

[19] La juge Gauthier a conclu que l'interprétation de l'al. 36(1)a) adoptée par le délégué du ministre n'était pas déraisonnable. En ce qui a trait à la peine d'emprisonnement réelle imposée (la première question certifiée), elle a conclu qu'il n'était pas déraisonnable d'interpréter l'emprisonnement avec sursis comme étant un « emprisonnement » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 36(1)a). Elle a ajouté qu'affirmer qu'une peine d'emprisonnement avec sursis est plus clémente qu'une peine d'incarcération de la même durée ne signifie toutefois pas que le législateur ne considère pas l'infraction en question suffisamment grave pour justifier l'interdiction de territoire. La juge Gauthier a ensuite souligné que les débats du comité parlementaire quant à l'opportunité d'abaisser le seuil de la durée de l'emprisonnement au-delà duquel il n'y a aucun droit d'appel à l'égard des conclusions d'interdiction de territoire devant la Section d'appel de l'immigration (par. 64(2) de la *LIPR*) ont porté notamment sur trois propositions visant à exclure les peines d'emprisonnement avec sursis, lesquelles ont toutes été ultimement rejetées. Elle a en outre expliqué que si le législateur avait jugé qu'une peine d'emprisonnement avec sursis d'au moins six mois est suffisamment grave pour justifier la perte des droits d'appel, il n'était pas déraisonnable que le délégué du ministre considère la peine d'emprisonnement avec sursis comme un « emprisonnement » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 36(1)a).



[20] With respect to “punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years”, Gauthier J.A. found that “punishable” refers to the offence under the Act of Parliament and not to what could be imposed on any particular offender. She was of the view that the context of s. 36(1)(a) supports a conclusion that the test is objective rather than subjective. She found that it was not unreasonable to conclude that the relevant point in time is when admissibility is being assessed, since admissibility should be assessed against Canada’s prevailing views of the seriousness of the offence in question. She was also of the view that s. 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* did not apply because proceedings before the Minister’s delegate are neither criminal nor penal.

### III. Preliminary Matters

[21] Prior to tackling the statutory interpretation questions at the heart of this appeal, I will address two preliminary matters. First, to be clear, the decision under review is that of the Minister’s delegate, taken pursuant to s. 44(2) of the *IRPA*, to refer the matter to the Immigration Division for an admissibility hearing. While the Minister’s delegate merely adopted the Report — and that Report is all that is available in support of the decisions taken at the s. 44(1) and s. 44(2) stages — it is nevertheless the Minister’s delegate’s decision that was under review and not that of the officer.

[22] Second, while courts have the discretion to hear an application for judicial review prior to the completion of the administrative process and the exhaustion of appeal mechanisms, they should exercise restraint before doing so (*Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364, at paras. 35-36; D. J. M. Brown and J. M. Evans, with the assistance of D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at topic 3:4100). In this case, the parties have not asked this Court to revisit the decisions of the

[20] Quant à l’expression « punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans », la juge Gauthier a conclu que le mot « punissable » renvoie à l’infraction prévue dans la loi fédérale, et non à la peine qui pourrait être infligée à un contrevenant en particulier. Selon elle, le contexte de l’al. 36(1)a étaye la conclusion selon laquelle le critère est objectif plutôt que subjectif. Ainsi, il n’était pas déraisonnable de conclure que le moment pertinent est celui où l’admissibilité est analysée puisque l’interdiction de territoire doit être évaluée à l’aune des perceptions qui prévalent au Canada à l’égard de la gravité de l’infraction en question. Par ailleurs, la juge Gauthier s’est dite d’avis que l’al. 11*i* de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s’applique pas, car la procédure qui se déroule devant le délégué du ministre n’est ni criminelle ni pénale.

### III. Questions préliminaires

[21] Avant de m’attaquer aux questions d’interprétation législative qui sont au cœur du présent pourvoi, je me pencherai sur deux questions préliminaires. D’abord, précisons que la décision examinée est celle que le délégué du ministre a prise en application du par. 44(2) de la *LIPR* de déférer l’affaire à la Section de l’immigration afin que celle-ci tienne une audition sur l’admissibilité. Bien que le délégué du ministre ait simplement adopté le Rapport — et que ce Rapport est tout ce qui existe à l’appui des décisions prises prévues aux par. 44(1) et 44(2) — c’est néanmoins la décision du délégué du ministre qui fait ici l’objet d’une analyse et non celle de l’agent.

[22] Deuxièmement, bien que les tribunaux disposent du pouvoir discrétionnaire d’entendre une demande de contrôle judiciaire avant que le processus administratif soit terminé et que les mécanismes d’appel soient épuisés, ils doivent faire preuve de retenue avant de l’exercer : *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364, par. 35-36; D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec le concours de D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), rubrique 3:4100. En l’espèce, les parties n’ont pas demandé à la Cour de

courts below to hear the application, and I am of the view that this Court should respect those decisions.

#### IV. Analysis

[23] The modern principle of statutory interpretation is that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). Applying this approach, I am of the view that, under either standard of review, the assumed interpretation of s. 36(1)(a) by the Minister’s delegate cannot stand.

##### A. *Conditional Sentences Are Not Included in “Term of Imprisonment”*

[24] I cannot, on either standard of review, accept the interpretation that conditional sentences are captured in the meaning of “term of imprisonment”. Such an interpretation must be rejected for at least three reasons.

[25] First, the purpose of s. 36(1)(a) is to define “serious criminality” for permanent residents convicted of an offence in Canada. It is clear from the wording of the provision that whether or not an imposed sentence can establish “serious criminality” depends on its length. Length is the gauge. It must be “more than six months”. However, the seriousness of criminality punished by a certain length of jail sentence is not the same as the seriousness of criminality punished by an equally long conditional sentence. In other words, length of the sentence alone is not an accurate yardstick with which to measure the seriousness of the criminality of the permanent resident.

[26] Chief Justice Lamer explained in *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 44, that “a conditional sentence, even with stringent conditions, will usually be a more lenient sentence than

réexaminer les décisions des tribunaux d’instances inférieures d’entendre la demande, et j’estime que la Cour doit respecter ces décisions.

#### IV. Analyse

[23] Le principe moderne d’interprétation législative veut qu’il [TRADUCTION] « faille lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur » : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87. Suivant cette approche, à mon avis, que l’on applique l’une ou l’autre des normes de contrôle, l’interprétation de l’al. 36(1)a adoptée par le délégué du ministre ne peut être maintenue.

##### A. *Le terme « emprisonnement » ne vise pas les peines d’emprisonnement avec sursis*

[24] Je ne peux, que l’on applique l’une ou l’autre des normes de contrôle, accepter l’interprétation voulant que les peines d’emprisonnement avec sursis soient visées par le terme « emprisonnement ». Une telle interprétation doit être rejetée pour au moins trois raisons.

[25] Premièrement, l’objet de l’al. 36(1)a est de définir la « grande criminalité » pour les résidents permanents déclarés coupables d’une infraction au Canada. Clairement, selon le libellé de la disposition, la question de savoir si une peine infligée peut établir la « grande criminalité » dépend de sa durée. En effet, c’est la durée qui sert d’indicateur; elle doit être « de plus de six mois ». Cependant, la gravité de la criminalité punie par une durée donnée d’incarcération n’est pas la même que la gravité de la criminalité punie par une peine d’emprisonnement avec sursis de la même durée. Autrement dit, la durée de la peine, à elle seule, n’est pas un bon critère pour mesurer la gravité de la criminalité du résident permanent.

[26] Dans *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, le juge en chef Lamer a affirmé ce qui suit au par. 44 : « . . . une ordonnance d’emprisonnement avec sursis, même assortie de conditions rigoureuses,

a jail term of equivalent duration”. He elaborated as follows (at para. 52):

A judge does not impose a fixed sentence of “x months” in the abstract, without having in mind where that sentence will be served. Furthermore, when a conditional sentence is chosen, its duration will depend on the type of conditions imposed. Therefore, the duration of the sentence should not be determined separately from the determination of its venue. [Citations omitted.]

[27] The dissymmetry between the length of jail terms and the length of conditional sentences was usefully illustrated by counsel for Mr. Tran. On the one hand, there are cases in which *mitigating* factors prompted courts to replace jail terms of less than six months with conditional sentences longer than six months (e.g. *R. v. Shah*, 2003 BCCA 294, 182 B.C.A.C. 142; *R. v. Saundercook-Menard*, 2008 ONCA 493; *R. v. Chapman*, 2007 YKSC 55; *R. v. Jacobson* (2006), 207 C.C.C. (3d) 270 (Ont. C.A.)). On the other hand, there are cases in which *aggravating* factors led courts to replace conditional sentences longer than six months with jail terms shorter than six months (e.g. *R. v. Keller*, 2009 ABCA 418, 469 A.R. 151; *R. v. Sandhu*, 2014 ONCJ 95; *R. v. Kasakan*, 2006 SKCA 14, [2006] 8 W.W.R. 23; *R. v. Lebar*, 2010 ONCA 220, 101 O.R. (3d) 263). Notably, in the case at bar, Mr. Tran asked the Court of Appeal for British Columbia to replace his 12-month conditional sentence with a custodial sentence of less than 6 months (A.F., at para. 18).

[28] Not only is length an unreliable indicator of “serious criminality” when comparing jail sentences to conditional sentences, but it may not even be a reliable measure across conditional sentences because of the disparate conditions attached to them. More fundamentally, conditional sentences generally indicate less “serious criminality” than jail terms. As Lamer C.J. said, a “conditional sentence is a meaningful alternative to incarceration for less serious and non-dangerous offenders” (*Proulx*, at para. 21; see also *R. v. Knoblauch*, 2000 SCC 58, [2000] 2

est généralement une peine plus clémente qu’un emprisonnement de même durée. . . » Il a poursuivi en précisant (au par. 52) :

Le juge n’inflige pas un emprisonnement de « x mois » dans l’abstrait, sans se demander où cette peine sera purgée. De plus, lorsque le tribunal opte pour l’emprisonnement avec sursis, sa durée dépend du genre de conditions dont elle est assortie. La durée de la peine ne peut donc pas être déterminée indépendamment du lieu où celle-ci sera purgée. [Références omises.]

[27] L’avocat de M. Tran a illustré de façon utile la dissymétrie entre la durée des peines d’incarcération et celle des peines d’emprisonnement avec sursis. D’une part, il y a des affaires où des facteurs *atténuants* ont incité les tribunaux à remplacer les peines d’incarcération de moins de six mois par des peines d’emprisonnement avec sursis de plus de six mois : p. ex. *R. c. Shah*, 2003 BCCA 294, 182 B.C.A.C. 142; *R. c. Saundercook-Menard*, 2008 ONCA 493; *R. c. Chapman*, 2007 YKSC 55; *R. c. Jacobson* (2006), 207 C.C.C. (3d) 270 (C.A. Ont.). D’autre part, il y a des affaires où des facteurs *aggravants* ont poussé les tribunaux à remplacer les peines d’emprisonnement avec sursis de plus de six mois par des peines d’incarcération de moins de six mois : p. ex. *R. c. Keller*, 2009 ABCA 418, 469 A.R. 151; *R. c. Sandhu*, 2014 ONCJ 95; *R. c. Kasakan*, 2006 SKCA 14, [2006] 8 W.W.R. 23; *R. c. Lebar*, 2010 ONCA 220, 101 O.R. (3d) 263. D’ailleurs, dans le cas qui nous occupe, M. Tran a demandé à la Cour d’appel de la Colombie-Britannique de substituer une peine de détention de moins de 6 mois à la peine d’emprisonnement avec sursis de 12 mois qui avait été prononcée contre lui : m.a., par. 18.

[28] Non seulement la durée n’est-elle pas un indicateur fiable de « grande criminalité » lorsqu’on compare des peines d’incarcération et des peines d’emprisonnement avec sursis, mais elle n’est peut-être pas non plus une mesure fiable lorsqu’on compare entre elles les peines d’emprisonnement avec sursis, compte tenu des conditions disparates dont elles sont assorties. Plus fondamentalement, les peines d’emprisonnement avec sursis sont généralement une indication d’une moins « grande criminalité » que les peines d’incarcération. Comme le

S.C.R. 780, at para. 102). Thus, interpreting “a term of imprisonment of more than six months” as including both prison sentences and conditional sentences undermines the efficacy of using length to evaluate the seriousness of criminality.

[29] Second, the meaning of “term of imprisonment” varies according to the statutory context. In some instances, the word “imprisonment” is used in the *Criminal Code* to capture conditional sentences (*R. v. Wu*, 2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530, at para. 25; *Proulx*, at para. 29). But that is not always the case. In *R. v. Middleton*, 2009 SCC 21, [2009] 1 S.C.R. 674, at para. 14, Justice Fish concluded that there is no consistent meaning for the word “imprisonment” in the *Criminal Code*:

... “imprisonment” in the phrases “sentence of imprisonment” and “term of imprisonment” does not bear a uniform meaning for all purposes of the *Criminal Code*. In several instances, these terms necessarily contemplate incarceration.

Nor is there a consistent meaning across other statutes. Critically, its meaning in ss. 36(1)(a) and 64 of the *IRPA* was interpreted by this Court in *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539, at paras. 11 and 13, to mean “prison”:

... the *IRPA* creates a new scheme whereby persons sentenced to more than six months in prison are inadmissible: *IRPA*, s. 36(1)(a). If they have been sentenced to a prison term of more than two years then they are denied a right to appeal their removal order: *IRPA*, s. 64. Provisions allowing judicial review mitigate the finality of these provisions, as do appeals under humanitarian and compassionate grounds and pre-removal risk assessments. However, the Act is clear: a prison term of over six months will bar entry to Canada; a prison term of over two years bans an appeal.

juge en chef Lamer l’a affirmé, « [l]a peine d’emprisonnement avec sursis [. . .] constitue une solution de rechange à l’incarcération de certains délinquants non dangereux » : *Proulx*, par. 21; voir aussi *R. c. Knoblauch*, 2000 CSC 58, [2000] 2 R.C.S. 780, par. 102. En conséquence, interpréter un « emprisonnement de plus de six mois » comme incluant à la fois des peines d’incarcération et des peines d’emprisonnement avec sursis réduit l’à-propos d’utiliser la durée pour évaluer la gravité d’un acte criminel.

[29] Deuxièmement, le sens d’« emprisonnement » varie selon le contexte législatif. Parfois, ce terme est utilisé dans le *Code criminel* pour viser les peines d’emprisonnement avec sursis : *R. c. Wu*, 2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530, par. 25; *Proulx*, par. 29. Mais ce n’est pas toujours le cas. Dans *R. c. Middleton*, 2009 CSC 21, [2009] 1 R.C.S. 674, le juge Fish a conclu, au par. 14, que le terme « emprisonnement » n’avait pas un seul et même sens dans l’ensemble du *Code criminel* :

... le mot « emprisonnement » dans les termes « peine d’emprisonnement » et « période d’emprisonnement » n’est pas toujours employé dans le même sens, toutes fins confondues, dans le *Code criminel*. Dans plusieurs cas, ces termes supposent nécessairement l’incarcération.

Le sens de ce terme n’est pas non plus toujours le même dans d’autres lois. Fait à noter, la Cour a conclu dans *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539, par. 11 et 13, que l’al. 36(1)a) et l’art. 64 de la *LIPR* renvoient à la notion de « prison » :

... la *LIPR* crée un nouveau régime par lequel la peine d’emprisonnement de plus de six mois emporte interdiction de territoire : al. 36(1)a) *LIPR*. La personne condamnée à une peine d’emprisonnement de plus de deux ans ne peut pas interjeter appel d’une mesure de renvoi la visant : art. 64 *LIPR*. Les dispositions autorisant le contrôle judiciaire atténuent le caractère définitif de ces dispositions, tout comme le font les appels fondés sur des motifs d’ordre humanitaire et l’évaluation du risque préalable à un renvoi. Toutefois, la Loi est claire : un emprisonnement de plus de six mois emporte interdiction de territoire; un emprisonnement de plus de deux ans emporte interdiction d’appel.

In summary, the provisions of the *IRPA* and the Minister's comments indicate that the purpose of enacting the *IRPA*, and in particular s. 64, was to efficiently remove criminals sentenced to prison terms over six months from the country. [Emphasis added.]

While not necessarily determinative, this existing interpretation of “term of imprisonment” in the context of the *IRPA* fortifies my conclusion in this case.

[30] The Minister says that, in recent amendments to ss. 50(b) and 64(2) of the *IRPA*, the exclusion of conditional sentences from the meaning of “term of imprisonment” was explicitly rejected. I do not agree with this interpretation of legislative history. It is useful to note as a starting point that the six-month threshold originated in the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, s. 27(1)(d) — before the introduction of conditional sentences as a sentencing option in Canada — and was later kept in the *IRPA* in 2002. In 2013, the threshold for denial of appeal rights set out in s. 64(2) was reduced from a “term of imprisonment” of at least two years to a “term of imprisonment” of at least six months (S.C. 2013, c. 16, s. 24). The Minister points to committee debates surrounding those amendments — debates in which proposals to exclude conditional sentences from counting toward the s. 64(2) threshold were rejected. Specifically, the Minister's argument rests on the rejection of three proposals by the House of Commons and Senate committees tasked with examining amendments. However, since the proposed amendments addressed more than just conditional sentences<sup>1</sup> and had to do with changes to s. 64(2) rather than to s. 36(1)(a), I cannot draw any meaningful inferences from the rejection of those proposals.

<sup>1</sup> It was also proposed that there be thresholds related to the length of time a foreign national had resided in Canada (House of Commons, Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, No. 064, 1st Sess., 41st Parl., November 28, 2012, at pp. 4-5 (K. Lamoureux, Lib.)); that access to appeals be restored for those convicted of crimes outside Canada (pp. 2-3 (J. J. Sims, NDP)); and that amendments be made concerning the Canadian Security Intelligence Service interview, compassionate and humane grounds, misrepresentations, reports to the House, and retroactivity (*Debates of the Senate*, vol. 148, No. 168, 1st Sess., 41st Parl., May 30, 2013, at p. 4081 (Hon. A. Eggleton)).

En résumé, les dispositions de la *LIPR* et les commentaires de la ministre indiquent que l'adoption de la *LIPR*, et de l'art. 64 en particulier, visait à renvoyer diligemment du pays les criminels condamnés à une peine d'emprisonnement de plus de six mois. [Je souligne.]

Même si elle n'est pas nécessairement déterminante, cette interprétation du terme « emprisonnement » dans le contexte de la *LIPR* renforce ma conclusion en l'espèce.

[30] Le ministre soutient que lors de l'adoption récente de modifications à l'al. 50b) et au par. 64(2) de la *LIPR*, l'exclusion des peines d'emprisonnement avec sursis du sens d'« emprisonnement » a été expressément rejetée. Je ne suis pas d'accord avec cette interprétation de l'historique législatif. Tout d'abord, il est utile de souligner que le seuil de six mois provenait de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, al. 27(1)d) — avant l'adoption des peines avec sursis au Canada — et a été maintenu dans la *LIPR* en 2002. En 2013, le seuil prévu au par. 64(2) pour la restriction des droits d'appel est passé d'un « emprisonnement » d'au moins deux ans à un « emprisonnement » d'au moins six mois : L.C. 2013, c. 16, art. 24. Le ministre attire l'attention sur les débats des comités entourant ces modifications — soit les débats qui ont mené au rejet des propositions visant l'exclusion des peines d'emprisonnement avec sursis du seuil prévu au par. 64(2). Plus précisément, l'argument du ministre est fondé sur le rejet de trois propositions par les comités de la Chambre des communes et du Sénat chargés de l'examen des amendements. Cependant, puisque les modifications proposées ne portaient pas uniquement sur les peines d'emprisonnement avec sursis<sup>1</sup> et qu'elles étaient liées aux modifications au par. 64(2) plutôt qu'à l'al. 36(1)a), je ne peux tirer de conclusions utiles du rejet de ces propositions.

<sup>1</sup> Il a aussi été proposé qu'il y ait des seuils relatifs à la période que l'étranger a passée au Canada (Chambre des communes, Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, *Témoignages*, n° 064, 1<sup>re</sup> sess., 41<sup>e</sup> lég., 28 novembre 2012, p. 2-5 (K. Lamoureux, lib.)); que la possibilité d'interjeter appel soit rétablie pour les étrangers déclarés coupables de crimes à l'extérieur du Canada (p. 2-3 (J. J. Sims, NPD)); et que des modifications soient apportées concernant l'entrevue du Service canadien du renseignement de sécurité, les motifs d'ordre humanitaire, les fausses déclarations, les rapports à la Chambre et la rétroactivité (*Débats du Sénat*, vol. 148, n° 168, 1<sup>re</sup> sess., 41<sup>e</sup> lég., 30 mai 2013, p. 4081 (l'hon. A. Eggleton)).

[31] Finally, my interpretation avoids absurd results. In *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 27, Justice Iacobucci explained the presumption that the legislature does not intend absurd consequences:

It is a well established principle of statutory interpretation that the legislature does not intend to produce absurd consequences. According to Côté [P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991)], an interpretation can be considered absurd if it leads to ridiculous or frivolous consequences, if it is extremely unreasonable or inequitable, if it is illogical or incoherent, or if it is incompatible with other provisions or with the object of the legislative enactment (at pp. 378-80). Sullivan echoes these comments noting that a label of absurdity can be attached to interpretations which defeat the purpose of a statute or render some aspect of it pointless or futile ([R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994)], at p. 88).

[32] If s. 36(1)(a) is interpreted such that a conditional sentence is a “term of imprisonment”, absurd consequences will follow. As previously mentioned, conditional sentences are “for less serious and non-dangerous offenders” (*Proulx*, at para. 21). Thus, more serious crimes may be punished by jail sentences that are *shorter* than conditional sentences imposed for less serious crimes — shorter because they are served in jail rather than in the community. It would be an absurd outcome if, for example, “less serious and non-dangerous offenders” sentenced to seven-month conditional sentences were deported, while more serious offenders receiving six-month jail terms were permitted to remain in Canada. Public safety, as an objective of the *IRPA* (s. 3(1)(h)), is not enhanced by deporting less culpable offenders while allowing more culpable persons to remain in Canada.

[33] It would also be absurd for offenders to seek prison sentences instead of conditional sentences so that they can remain in Canada, as Mr. Tran has

[31] En dernier lieu, mon interprétation évite de donner lieu à des résultats absurdes. Dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 27, le juge Iacobucci a expliqué la présomption selon laquelle le législateur ne peut vouloir de conséquences absurdes :

Selon un principe bien établi en matière d’interprétation législative, le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes. D’après Côté [P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990)], on qualifiera d’absurde une interprétation qui mène à des conséquences ridicules ou futiles, si elle est extrêmement déraisonnable ou inéquitable, si elle est illogique ou incohérente, ou si elle est incompatible avec d’autres dispositions ou avec l’objet du texte législatif (aux pp. 430 à 432). Sullivan partage cet avis en faisant remarquer qu’on peut qualifier d’absurdes les interprétations qui vont à l’encontre de la fin d’une loi ou en rendent un aspect inutile ou futile ([R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994)], à la p. 88).

[32] Or, l’interprétation de l’al. 36(1)a selon laquelle une peine d’emprisonnement avec sursis constitue un « emprisonnement » entraînerait des conséquences absurdes. Je le répète, les ordonnances d’emprisonnement avec sursis visent « certains délinquants [moins et] non dangereux » : *Proulx*, par. 21. Par conséquent, des crimes plus graves sont punissables de peines d’incarcération qui sont *plus courtes* que les peines d’emprisonnement avec sursis infligées pour des crimes moins graves — elles sont plus courtes parce qu’elles sont purgées en prison plutôt que dans la collectivité. Il serait absurde, par exemple, qu’un « délinquant [moins et] non dangereux » condamné à un emprisonnement avec sursis de sept mois soit expulsé, tandis qu’un délinquant ayant commis une infraction plus grave qui s’est vu infliger une peine d’incarcération de six mois puisse demeurer au Canada. Expulser des contrevenants ayant commis des infractions moins graves tout en permettant à des personnes ayant commis des infractions plus graves de demeurer au Canada ne contribuerait pas à accroître la sécurité publique, qui constitue un objectif de la *LIPR* : al. 3(1)h).

[33] Il serait également absurde que les contrevenants souhaitent être condamnés à l’incarcération plutôt qu’à l’emprisonnement avec sursis afin

done in this case. Conditional sentences are designed as an alternative to incarceration in order to encourage rehabilitation, reduce the rate of incarceration, and improve the effectiveness of sentencing (*Proulx*, at para. 20). These objectives would be sabotaged if individuals who are subject to conditional sentences sought to replace them with prison terms, thinking the latter to be their only path for a future in the Canadian communities from which incarceration would remove them.

[34] For these reasons, the phrase “term of imprisonment” in s. 36(1)(a) of the *IRPA* cannot, by either standard of review, be understood to include conditional sentences.

B. *The Maximum Term Is Determined as of the Time of the Commission of the Offence*

[35] Turning to the interpretation of “punishable by a maximum term”, in my view, a contextual reading of s. 36(1)(a) supports only one conclusion: the phrase “punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years” refers to the maximum sentence that the accused person could have received at the time of the commission of the offence.

[36] Section 36(1)(a) begins with “having been convicted”, which sets the temporal marker at the time of conviction. As counsel for Mr. Tran underscored during oral argument, the fact of a conviction precedes the two disjunctive clauses: the maximum term and the actual term imposed. Both are rooted in the fact of having been convicted. It is at the moment of conviction that the two disjunctive clauses become operable, and it is with reference to that time that the clauses are to be understood.

[37] By the time of Mr. Tran’s conviction (November 29, 2012) and sentencing (January 18, 2013),

de pouvoir demeurer au Canada, comme l’a fait M. Tran en l’espèce. Les peines d’emprisonnement avec sursis constituent une solution de rechange à l’incarcération, en ce qu’elles visent à encourager la réinsertion sociale, à réduire le taux d’incarcération et à accroître l’efficacité du processus de détermination de la peine : *Proulx*, par. 20. Ces objectifs ne seraient pas atteints si des individus condamnés à purger des peines de ce type cherchaient à y faire substituer des peines d’incarcération parce qu’ils seraient d’avis qu’il s’agit du seul moyen dont ils disposent pour avoir un futur dans les collectivités canadiennes, collectivités dont ils seraient par ailleurs exclus le temps de leur incarcération.

[34] Pour ces raisons, je conclus que le terme « emprisonnement » de l’al. 36(1)a) de la *LIPR* ne peut être interprété de façon à viser les peines d’emprisonnement avec sursis et ce, que l’on applique l’une ou l’autre des normes de contrôle.

B. *La peine maximale est celle qui s’applique au moment de la commission de l’infraction*

[35] À mon avis, une interprétation contextuelle de l’al. 36(1)a) n’étaye qu’une seule conclusion : l’expression « punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans » renvoie à la peine maximale que la personne accusée aurait pu se voir infliger au moment de la commission de l’infraction.

[36] L’alinéa 36(1)a) commence par l’expression « être déclaré coupable », qui établit le marqueur temporel au moment de la déclaration de culpabilité. Comme l’avocat de M. Tran l’a souligné durant sa plaidoirie, la déclaration de culpabilité comme telle précède les deux clauses disjonctives : l’emprisonnement maximal et la peine réelle imposée. Ces derniers tirent tous les deux leur source dans le fait que la personne a été déclarée coupable. C’est au moment de la déclaration de culpabilité que les deux clauses disjonctives deviennent applicables, et c’est en fonction de ce moment que les clauses doivent être interprétées.

[37] Entre la déclaration de culpabilité de M. Tran (le 29 novembre 2012) et le prononcé de sa peine (le

the maximum sentence for an offence under s. 7(1) of the *CDSA* had increased from imprisonment for 7 years to imprisonment for 14 years. However, in view of s. 11(i) of the *Charter*, Mr. Tran, or anyone else in his position, could not receive a sentence greater than seven years. This is so because production of a controlled substance, contrary to s. 7(1) of the *CDSA*, is a criminal offence. Hence, sentences for convictions under that provision must not offend s. 11(i) of the *Charter* which provides:

**11.** Any person charged with an offence has the right

. . . .

(i) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

Accordingly, the maximum sentence Mr. Tran could have been sentenced to upon his conviction is limited by the maximum sentence available at the time of the commission of the offence. Mr. Tran was not punishable by a term of imprisonment of at least 10 years.

[38] The Court of Appeal held that “punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years” could be interpreted without reference to Mr. Tran or to a person in his position. I disagree. The criterion cannot simply be the abstract maximum penalty divorced from the actual “permanent resident . . . convicted” in a particular case. In my view, “punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years” is to be understood as referring to the circumstances of the actual offender or of others in similar circumstances.

[39] This interpretation aligns with the purpose of the *IRPA*, as outlined in s. 3:

**3 (1)** The objectives of this Act with respect to immigration are

18 janvier 2013), la peine maximale pour l’infraction prévue au par. 7(1) de la *LRCIDAS* est passée d’une peine d’emprisonnement de 7 ans à une peine d’emprisonnement de 14 ans. Toutefois, l’al. 11i) de la *Charte* limitait la peine de M. Tran, ou de quiconque dans la même situation, à une peine maximale de sept ans, puisque la production d’une substance désignée est une infraction criminelle selon le par. 7(1) de la *LRCIDAS*. Les peines découlant de condamnations fondées sur cette disposition ne doivent donc pas contrevenir à l’al. 11i) de la *Charte*, qui prévoit ce qui suit :

**11.** Tout inculpé a le droit :

. . . .

i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence.

En conséquence, la peine maximale à laquelle M. Tran aurait pu être condamné à la suite de sa déclaration de culpabilité est limitée à la peine maximale prévue par la loi au moment de la commission de l’infraction. M. Tran n’était donc pas passible d’une peine d’emprisonnement d’au moins 10 ans.

[38] La Cour d’appel a conclu que l’expression « punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans » peut être interprétée sans référence à M. Tran ou à quiconque dans sa situation. Je ne suis pas d’accord. Le critère ne peut être simplement la peine maximale dissociée du résident permanent « déclaré coupable » dans un cas donné. À mon avis, l’expression « punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans » doit plutôt être comprise en fonction des circonstances relatives au contrevenant visé, ou à d’autres personnes dans des situations semblables.

[39] Cette interprétation est conforme à l’objet de la *LIPR* énoncé à l’art. 3 :

**3 (1)** En matière d’immigration, la présente loi a pour objet :



(a) to permit Canada to pursue the maximum social, cultural and economic benefits of immigration;

(b) to enrich and strengthen the social and cultural fabric of Canadian society, while respecting the federal, bilingual and multicultural character of Canada;

(c) to support the development of a strong and prosperous Canadian economy, in which the benefits of immigration are shared across all regions of Canada;

(d) to see that families are reunited in Canada;

(e) to promote the successful integration of permanent residents into Canada, while recognizing that integration involves mutual obligations for new immigrants and Canadian society;

(h) to protect public health and safety and to maintain the security of Canadian society;

(i) to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks; and

(j) to work in cooperation with the provinces to secure better recognition of the foreign credentials of permanent residents and their more rapid integration into society.

[40] As stated above, the *IRPA* aims to permit Canada to obtain the benefits of immigration, while recognizing the need for security and outlining the obligations of permanent residents. The Minister emphasizes the *IRPA*'s security objective. Yet, as the Chief Justice explained in *Medovarski*, the security objective in the *IRPA* "is given effect by preventing the entry of applicants with criminal records, by removing applicants with such records from Canada, and by emphasizing the obligation of permanent residents to behave lawfully while in Canada" (para. 10). The obligation under the *IRPA* to behave lawfully includes not engaging in "serious criminality" as defined in s. 36(1). So long as this obligation is met, the *IRPA*'s objectives related to "successful

a) de permettre au Canada de retirer de l'immigration le maximum d'avantages sociaux, culturels et économiques;

b) d'enrichir et de renforcer le tissu social et culturel du Canada dans le respect de son caractère fédéral, bilingue et multiculturel;

c) de favoriser le développement économique et la prospérité du Canada et de faire en sorte que toutes les régions puissent bénéficier des avantages économiques découlant de l'immigration;

d) de veiller à la réunification des familles au Canada;

e) de promouvoir l'intégration des résidents permanents au Canada, compte tenu du fait que cette intégration suppose des obligations pour les nouveaux arrivants et pour la société canadienne;

h) de protéger la santé et la sécurité publiques et de garantir la sécurité de la société canadienne;

i) de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité;

j) de veiller, de concert avec les provinces, à aider les résidents permanents à mieux faire connaître leurs titres de compétence et à s'intégrer plus rapidement à la société.

[40] Comme je l'ai mentionné, la *LIPR* vise à permettre au Canada de profiter des avantages de l'immigration, tout en reconnaissant la nécessité d'assurer la sécurité et d'énoncer les obligations des résidents permanents. Le ministre met l'accent sur l'objectif de sécurité visé par la *LIPR*. Or, comme la Juge en chef l'a expliqué dans *Medovarski*, pour réaliser cet objectif, « il faut empêcher l'entrée au Canada des demandeurs ayant un casier judiciaire et renvoyer ceux qui ont un tel casier, et insister sur l'obligation des résidents permanents de se conformer à la loi pendant qu'ils sont au Canada » : par. 10. L'obligation prévue dans la *LIPR* de se conformer à la loi comprend celle de ne pas se livrer à des activités de « grande criminalité » comme le prévoit le

integration” will remain relevant to permanent residents, and the *IRPA*’s objectives related to the “benefits of immigration” and “security” will be furthered.

[41] A similar interaction between the mutual obligations of the state and of individuals, in the criminal law context, has been described as follows:

The state’s duty to provide a framework for security may be presented as part of a bargain between the state and its citizens, a bargain in which a measure of security is provided in return for a measure of obedience. . . .

. . . The fundamental duty of justice requires the state to recognise certain rights of individuals in its dealings with them; notably, in the sphere of criminal law, the state should respect the rule of law and the principle of legality, so that citizens as rational agents may plan their lives so as to avoid criminal conviction.

(A. Ashworth, *Positive Obligations in Criminal Law* (2013), at pp. 100-101)

This description is apposite in the immigration law context. Permanent residents too must be able to “plan their lives”. Their obligations must be communicated to them in advance. As Lon Fuller warned, a legal system must “publicize, or at least . . . make available to the affected party, the rules he is expected to observe” (*The Morality of Law* (rev. ed. 1969), at p. 39). When Mr. Tran committed his offence, he could not have been aware that doing so was an act of “serious criminality” that might breach his obligations and lead to deportation.

[42] The Minister relies on *Medovarski*, at para. 47, for the proposition that permanent residents cannot expect that “the law will not change from time to time”. The Minister argues that admissibility under s. 36(1)(a) must be tested against Parliament’s views

par. 36(1). Aussi longtemps que cette obligation est respectée, les objectifs de la *LIPR* liés à l’« intégration » demeurent applicables aux résidents permanents, et la réalisation des objectifs portant sur les « avantages de l’immigration » et la « sécurité » est favorisée.

[41] Une interaction similaire entre les obligations mutuelles de l’État et d’individus, dans le contexte du droit criminel, a été décrite de la façon suivante :

[TRADUCTION] L’obligation de l’État d’établir un cadre de sécurité peut être vue comme la part d’un marché entre l’État et ses citoyens, dans le cadre duquel une certaine sécurité est assurée en échange de l’obéissance. . . .

. . . En effet, l’obligation fondamentale de justice exige que l’État reconnaisse certains droits aux particuliers dans ses négociations avec eux; en particulier, dans le domaine du droit criminel, l’État doit respecter la primauté du droit et les principes de légalité, de sorte que les citoyens, en tant qu’agents rationnels, puissent organiser leur vie de façon à éviter une condamnation criminelle.

(A. Ashworth, *Positive Obligations in Criminal Law* (2013), p. 100-101)

Cette description est pertinente dans le contexte du droit de l’immigration. Les résidents permanents doivent aussi être en mesure d’« organiser leur vie ». Ils doivent être informés à l’avance de leurs obligations. La mise en garde suivante de Lon Fuller le précise : un système juridique doit [TRADUCTION] « publiciser, ou à tout le moins [. . .] mettre à la disposition de la partie visée, les règles qu’elle doit observer » : *The Morality of Law* (éd. rév. 1969), p. 39. Lorsque M. Tran a commis l’infraction, il ne pouvait pas savoir que cette infraction représentait un acte de « grande criminalité » pouvant contrevenir à ses obligations et mener à son renvoi.

[42] Le ministre invoque *Medovarski*, par. 47, plus précisément la proposition selon laquelle les résidents permanents doivent s’attendre à ce que « la loi change à l’occasion ». Il soutient que l’interdiction de territoire aux termes de l’al. 36(1)(a)

of the seriousness of the offence at the time of the admissibility decision. I do not agree. While Parliament is entitled to change its views on the seriousness of a crime, it is not entitled to alter the mutual obligations between permanent residents and Canadian society without doing so clearly and unambiguously. In this case, it has failed to do so. As such, s. 36(1)(a) must be interpreted in a way that respects these mutual obligations. The right to remain in Canada is conditional, but it is conditional on complying with *knowable* obligations. Accordingly, the relevant date for assessing serious criminality under s. 36(1)(a) is the date of the commission of the *offence*, not the date of the admissibility decision.

[43] The presumption against retrospectivity lends further support to this conclusion. While I agree with the Court of Appeal that s. 11(i) of the *Charter* does not apply to the decision of the Minister's delegate because the proceedings were neither criminal nor penal, the presumption against retrospectivity is a rule of statutory interpretation that is available in the instant case. The purpose of this presumption is to protect acquired rights and to prevent a change in the law from "look[ing] to the past and attach[ing] new prejudicial consequences to a completed transaction" (Driedger (1983), at p. 186). The presumption works such that "statutes are not to be construed as having retrospective operation unless such a construction is expressly or by necessary implication required by the language of the Act" (*Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at p. 279; see also *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at para. 71).

[44] The presumption against retrospectivity engages the rule of law. Lord Diplock explained that the rule of law "requires that a citizen, before committing himself to any course of action, should be able to know in advance what are the legal consequences that will flow from it" (*Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*,

doit être évaluée à l'aune des positions du législateur concernant la gravité de l'infraction au moment de la décision concernant l'interdiction de territoire. Je ne suis pas d'accord. Bien que le législateur puisse changer de position au sujet de la gravité d'un crime, il ne peut changer les obligations mutuelles entre les résidents permanents et la société canadienne sans le faire clairement et sans équivoque. Il ne l'a pas fait. Il faut plutôt interpréter l'al. 36(1)a d'une manière qui respecte ces obligations mutuelles. Le droit de demeurer au Canada est conditionnel, mais il dépend du respect des obligations qui *peuvent être connues*. Par conséquent, la date pertinente pour évaluer la grande criminalité dont il est question à l'al. 36(1)a est la date de la commission de l'*infraction*, et non la date de la décision quant à l'interdiction de territoire.

[43] La présomption du caractère non rétrospectif confirme la justesse de cette conclusion. Bien que je partage l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle l'al. 11*i* de la *Charte* ne s'applique pas à la décision du délégué du ministre, parce que la procédure n'est ni criminelle ni pénale, la présomption du caractère non rétrospectif est une règle d'interprétation législative applicable dans la présente affaire. Cette présomption vise à protéger les droits acquis et à éviter une modification de la loi qui découle d'un regard [TRADUCTION] « orient[é] vers le passé et [qui] joi[gne] de nouvelles conséquences préjudiciables à une transaction complétée » : Driedger (1983), p. 186. Selon cette présomption, « les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive à moins que le texte de la Loi ne le décrète expressément ou n'exige implicitement une telle interprétation » : *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, p. 279; voir aussi *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 71.

[44] La présomption du caractère non rétrospectif fait intervenir la primauté du droit. Comme le lord Diplock l'a expliqué, la primauté du droit [TRADUCTION] « exige qu'un citoyen, avant d'adopter une ligne de conduite, puisse connaître à l'avance les conséquences qui en découleront sur le plan juridique » : *Black-Clawson International Ltd. c.*

[1975] A.C. 591 (H.L.), at p. 638). As this Court explained in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 70, the rule of law “vouchsafes to the citizens and residents of the country a stable, predictable and ordered society in which to conduct their affairs”.

[45] The presumption against retrospectivity also bespeaks fairness (*R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 25). For example, sentencing judges are required to consider immigration consequences (*R. v. Pham*, 2013 SCC 15, [2013] 1 S.C.R. 739). It would raise issues of fairness to introduce a new collateral consequence *after* sentencing that would have been relevant *before* sentencing. As Mr. Tran points out, a permanent resident convicted of marihuana production 25 years ago would suddenly find themselves inadmissible years after having served the associated sentence. Such an outcome would not only offend fairness and the rule of law, but would also undermine the decision of the sentencing judge who decades ago crafted an appropriate sentence without knowledge of additional deportation consequences.

[46] The Minister argues that the presumption against retrospectivity cannot assist Mr. Tran because this Court’s decision in *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301, precludes its application. I disagree.

[47] In *Brosseau*, this Court held that the presumption will not apply if the new prejudicial consequence at issue is designed to protect the public rather than as a punishment for a prior event. The fact that s. 36(1)(a) of the *IRPA* reflects “an intent to prioritize security” (*Medovarski*, at para. 10) is not, in itself, sufficient to bring it within the “public protection” exception contemplated in *Brosseau*. To interpret the public protection exception as inclusive of *all* legislation that can be said to be *broadly* aimed at public protection would ignore the purpose underlying the presumption against retrospectivity.

*Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591 (H.L.), p. 638. Comme la Cour l’a expliqué dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 70, la primauté du droit « assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités ».

[45] La présomption du caractère non rétrospectif est également un signe d’équité : *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 25. Par exemple, les juges qui déterminent une peine doivent tenir compte des conséquences en matière d’immigration : *R. c. Pham*, 2013 CSC 15, [2013] 1 R.C.S. 739. Adopter une nouvelle conséquence indirecte *après* le prononcé de la peine, conséquence qui aurait été pertinente *avant* le prononcé, soulèverait des questions d’équité. Comme M. Tran le fait remarquer, un résident permanent déclaré coupable de production de marihuana il y a 25 ans se retrouverait soudainement interdit de territoire des années après avoir purgé sa peine. Un tel résultat irait non seulement à l’encontre de l’équité et de la primauté du droit, mais minerait également la décision du juge chargé de la détermination de la peine qui a façonné, il y a plusieurs décennies, une peine appropriée sans savoir qu’il y aurait des conséquences additionnelles quant à la déportation.

[46] Selon le ministre, la présomption du caractère non rétrospectif n’est d’aucun secours pour M. Tran en raison de la décision de la Cour dans *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301, qui en empêche l’application. Je ne suis pas d’accord.

[47] Dans *Brosseau*, la Cour a conclu que la présomption ne s’applique pas si les nouvelles conséquences préjudiciables en cause visent à protéger le public plutôt qu’à punir pour un fait passé. Le fait que l’al. 36(1)a de la *LIPR* reflète « une intention de donner priorité à la sécurité » (*Medovarski*, par. 10) n’est pas suffisant, en soi, pour qu’il soit visé par l’exception de la « protection du public » envisagée dans *Brosseau*. Si l’on interprétait cette exception de telle sorte qu’elle englobe *toute* la législation dont on peut dire qu’elle vise *globalement* la protection du public, cela reviendrait à faire fi de l’objectif sous-jacent à la présomption du caractère non rétrospectif.

[48] The presumption is a tool for discerning the intended temporal scope of legislation. In the absence of an indication that Parliament has considered retrospectivity and the potential for it to have unfair effects, the presumption must be that Parliament did not intend them:

The absence of a general requirement of legislative prospectivity exists despite the fact that retrospective and retroactive legislation can overturn settled expectations and is sometimes perceived as unjust: see E. Edinger, “Retrospectivity in Law” (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 5, at p. 13. Those who perceive it as such can perhaps take comfort in the rules of statutory interpretation that require the legislature to indicate clearly any desired retroactive or retrospective effects. Such rules ensure that the legislature has turned its mind to such effects and “determined that the benefits of retroactivity (or retrospectivity) outweigh the potential for disruption or unfairness”: *Landgraf v. USI Film Products*, 511 U.S. 244 (1994), at p. 268. [Emphasis added.]

(*Imperial Tobacco*, at para. 71, per Major J.)

[49] The presumption exists to ensure that laws will only apply retrospectively where Parliament has clearly signaled that it has weighed the benefits of retrospectivity with its potential unfairness. Otherwise, we presume that Parliament did not intend such effects.

[50] Ordinarily, express language or necessary implication (*Gustavson Drilling*, at p. 279) provides this necessary indication that Parliament has turned its mind to the issue of retrospectivity. The “public protection” exception permits protective legislation to operate retrospectively absent express language or necessary implication, provided that legislative intent otherwise supports doing so. But, in accordance with the underlying purpose of the presumption, the exception is only triggered where the design of the penalty itself signals that Parliament has weighed the benefits of retrospectivity against its potential for unfairness. This will be the case where there is a clear nexus between the protective measure and the risks to the public associated with the prior conduct to which it attaches. In such cases, as in *Brosseau*,

[48] La présomption est un outil pour cerner la portée temporelle voulue de la loi. En l’absence d’une indication selon laquelle le législateur a envisagé qu’une loi soit rétrospective et ainsi possiblement inéquitable, il faut présumer qu’il n’a souhaité ni l’un ni l’autre :

Il n’existe aussi aucune exigence générale que la législation ait une portée uniquement prospective, même si une loi rétrospective et rétroactive peut renverser des attentes bien établies et être parfois perçue comme étant injuste : voir E. Edinger, « Retrospectivity in Law » (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 5, p. 13. Ceux qui partagent cette perception seront peut-être rassurés par les règles d’interprétation législative qui imposent au législateur d’indiquer clairement les effets rétroactifs ou rétroactifs souhaités. Ces règles garantissent que le législateur a réfléchi aux effets souhaités et [TRADUCTION] « a conclu que les avantages de la rétroactivité (ou du caractère rétroactif) l’emportent sur les possibilités de perturbation ou d’iniquité » : *Landgraf c. USI Film Products*, 511 U.S. 244 (1994), p. 268. [Je souligne.]

(*Imperial Tobacco*, par. 71, le juge Major)

[49] La présomption existe pour garantir que les lois ne s’appliquent rétrospectivement que lorsque le législateur a clairement indiqué qu’il a mis en balance les avantages du caractère rétroactif, d’une part, et l’iniquité potentielle, d’autre part. Sans cela, il faut présumer que le législateur n’a pas souhaité de tels effets.

[50] Règle générale, un texte exprès ou nettement implicite en ce sens (*Gustavson Drilling*, p. 279) donne l’indication nécessaire que le législateur a réfléchi à la question de la rétroactivité. L’exception relative à la « protection du public » permet que la législation protective ait un effet rétroactif même en l’absence d’un texte de loi exprès ou nettement implicite en ce sens, dans la mesure où il ressort autrement de l’intention du législateur qu’il en soit ainsi. Cela dit, conformément à l’objectif sous-jacent de la présomption, l’exception s’applique uniquement lorsque la structure de la pénalité elle-même illustre que le législateur a mis en balance les avantages du caractère rétroactif, d’une part, et ses effets inévitables potentiels, d’autre part. Ce sera le cas lorsqu’il y a clairement un lien entre la

the scope of protection is aligned with the specific risks posed by persons who have engaged in specific harmful conduct and is tailored to preventing those risks prospectively (see *Brosseau*, at pp. 319-20, citing *R. v. Vine* (1875), L.R. 10 Q.B. 195, at p. 199; see also *In re A Solicitor's Clerk*, [1957] 1 W.L.R. 1219 (Q.B.)).

[51] Section 36(1)(a) of the *IRPA* fails to provide such a clear nexus for two reasons, both of which are tied to the fact that Parliament relied on criminal sentences as a gauge for “serious criminality”. First, by not associating “serious criminality” with specific offences and instead relying on the sentences they attract, Parliament contemplated that the range of offences constituting “serious criminality” can expand and contract over time. This suggests that Parliament intended to tailor the penalty to prevailing views about a particular conduct, not to the prevention of risks associated with that conduct (F.C.A. reasons, at para. 58). Second, as “serious criminality” is defined by reference to criminal sentences, the scope of public protection it affords necessarily captures criminal sentencing considerations that extend beyond “public protection”, including punishment (see *R. v. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81, at para. 42; *K.R.J.*, at paras. 31-32).

[52] As such, s. 36(1)(a) does not engage the “public protection” exception because — in the absence of a clear nexus between the risk and the protective measures available in response — it does not signal that Parliament weighed the potential for unfairness and the protective benefits of requiring that the class of non-citizens inadmissible for serious criminality remain perfectly aligned with the class of offences that s. 36(1)(a) deems “serious” at any point in time.

mesure protectrice et les risques encourus par le public associés à la conduite antérieure à laquelle ils se rattachent. Dans de tels cas, comme dans *Brosseau*, l'étendue de la protection doit s'aligner avec les risques précis engendrés par ceux qui ont eu une conduite dommageable spécifique et elle est façonnée pour prévenir ces risques pour l'avenir : voir *Brosseau*, p. 319-320, citant *R. c. Vine* (1875), L.R. 10 Q.B. 195, p. 199; voir également *In re A Solicitor's Clerk*, [1957] 1 W.L.R. 1219 (Q.B.).

[51] L'alinéa 36(1)a de la *LIPR* n'établit pas un lien clair de ce type et ce, pour deux raisons, liées l'une et l'autre au fait que le législateur s'est fondé sur les peines criminelles comme étalon pour établir l'existence d'une « grande criminalité ». Premièrement, en n'associant pas la « grande criminalité » à des infractions précises et en se fondant plutôt sur les peines qu'elles entraînent, le législateur a envisagé que l'éventail des infractions qui constituent de la « grande criminalité » peut s'agrandir ou se réduire au fil du temps. Ceci indique que le Parlement a souhaité façonner la pénalité en fonction des vues du moment relativement à une conduite en particulier, et non pas pour prévenir les risques associés à cette conduite : motifs de la C.A.F., par. 58. Deuxièmement, comme la « grande criminalité » est définie en fonction des peines criminelles, la portée de la protection qui en découle tient nécessairement compte de considérations relatives à l'infliction de peines en matière criminelle qui vont au-delà de la « protection du public », soit notamment des considérations relatives à l'élément punitif qu'elles recèlent : voir *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81, par. 42; *K.R.J.*, par. 31-32.

[52] Ainsi, l'al. 36(1)a n'entraîne pas l'application de l'exception fondée sur la « protection du public » parce que — en l'absence d'un lien clair entre le risque et les mesures protectives pour le contrer — il n'indique pas que le législateur a mis en balance les conséquences potentiellement inéquitables, d'une part, et les avantages sur le plan de la protection, d'autre part, d'exiger que la catégorie de personnes non citoyennes interdites de territoire pour grande criminalité reste parfaitement conforme à la catégorie d'infractions que l'al. 36(1)a considère « sérieuses » à tout moment dans le temps.

[53] For these reasons, I am of the view that “punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years” refers to the maximum sentence that the accused person could have received at the time of the commission of the offence. The maximum sentence that Mr. Tran could have received at that time was only seven years. Thus he was not convicted of an offence “punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years”.

#### C. *Decision by the Minister’s Delegate to Refer*

[54] The Minister’s delegate formed the opinion that the Report on Mr. Tran’s inadmissibility for serious criminality was well founded, and he referred the Report to the Immigration Division on that basis. Because that opinion was premised on an untenable interpretation of the grounds for inadmissibility under s. 36(1)(a), his decision to refer the Report cannot be sustained. It is therefore unnecessary for me to consider whether he properly exercised his discretion under s. 44(2).

#### V. Conclusion

[55] I would allow the appeal, quash the decision of the Minister’s delegate, and remit the matter to a different delegate.

[56] Additionally, while this Court’s analysis is not limited to the certified questions, in the interest of providing guidance on the legal questions addressed by the Federal Court and Federal Court of Appeal, I would answer those questions as follows:

1. Is a conditional sentence of imprisonment imposed pursuant to the regime set out in ss. 742 to 742.7 of the *Criminal Code* a “term of imprisonment” under s. 36(1)(a) of the *IRPA*?
  - No.
2. Does the phrase “punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years” in s. 36(1)(a) of the *IRPA* refer to the maximum term of imprisonment available at the time the person was sentenced

[53] Pour ces motifs, j’estime que l’expression « punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans » se rapporte à la peine maximale que l’accusé aurait pu se voir infliger au moment de la commission de l’infraction. En l’espèce, pour M. Tran, cette peine maximale était un emprisonnement de seulement sept ans. En conséquence, il n’a pas été déclaré coupable d’une infraction « punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans ».

#### C. *Décision du délégué du ministre de déférer l’affaire*

[54] Le délégué du ministre a conclu que le Rapport relatif à l’interdiction de territoire de M. Tran pour grande criminalité était bien fondé et il a déferé l’affaire à la Section de l’immigration sur ce fondement. Comme cette opinion était fondée sur la prémisse d’une interprétation erronée des motifs d’interdiction de territoire en application de l’al. 36(1)a), sa décision de déférer l’affaire ne peut être maintenue. Il n’est donc pas nécessaire que je décide s’il a bien exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 44(2).

#### V. Conclusion

[55] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler la décision du délégué du ministre et de renvoyer l’affaire à un autre délégué.

[56] En outre, bien que l’analyse de la Cour ne soit pas limitée aux questions certifiées, dans le but de donner des directives quant aux questions juridiques traitées par la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale, je répondrais ainsi à ces questions :

1. Une peine d’emprisonnement avec sursis infligée dans le cadre du régime établi aux art. 742 à 742.7 du *Code criminel* constitue-t-elle un « emprisonnement » au sens de l’al. 36(1)a) de la *LIPR*?
  - Non.
2. L’expression « punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans » employée à l’al. 36(1)a) de la *LIPR* vise-t-elle l’emprisonnement maximal en vigueur au moment où la personne a été condamnée

- or to the maximum term of imprisonment under the law in force at the time admissibility is determined?
- It refers to the maximum term of imprisonment available at the time of the commission of the offence.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Edelmann & Co., Vancouver; Green & Spiegel, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Montréal and Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers: John Norris, Barrister, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Waldman & Associates, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the African Canadian Legal Clinic: Mirza Kwok, Mississauga; African Canadian Legal Clinic, Toronto.*

- ou l'emprisonnement maximal selon la loi en vigueur au moment de l'enquête?
- Elle vise l'emprisonnement maximal possible au moment de la commission de l'infraction.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant : Edelmann & Co., Vancouver; Green & Spiegel, Toronto.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Montréal et Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : John Norris, Barrister, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Waldman & Associates, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Clinique juridique africaine canadienne : Mirza Kwok, Mississauga; Clinique juridique africaine canadienne, Toronto.*



**Teva Canada Limited** *Appellant*

v.

**TD Canada Trust and Bank of  
Nova Scotia** *Respondents*

and

**Canadian Generic Pharmaceutical  
Association** *Intervener*

**INDEXED AS: TEVA CANADA LTD. v. TD CANADA  
TRUST**

**2017 SCC 51**

File No.: 36918.

2017: February 24; 2017: October 27.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and  
Rowe JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO**

*Commercial law — Bills of exchange — Fraudulent cheques — Conversion — Defences — Banks — Approach to determine whether payee is “fictitious or non-existing” within meaning of s. 20(5) of Bills of Exchange Act — Employee implementing fraudulent cheque scheme using similar or identical names of employer company’s real customers to whom company owed no debt — Employer’s accounts payable department issuing cheques with mechanically applied signatures — Employee opening bank accounts in names of registered businesses and depositing fraudulent cheques — Whether company or collecting banks should bear loss resulting from fraud — Whether collecting banks liable to company for conversion — Whether cheques payable to fictitious or non-existing person — Bills of Exchange Act, R.S.C. 1985, c. B-4, s. 20(5).*

T, a pharmaceutical company, was the victim of a fraudulent cheque scheme implemented by one of its

**Teva Canada Limitée** *Appelante*

c.

**TD Canada Trust et Banque de  
Nouvelle-Écosse** *Intimées*

et

**Association canadienne du médicament  
générique** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : TEVA CANADA LTÉE c. TD CANADA  
TRUST**

**2017 CSC 51**

N° du greffe : 36918.

2017 : 24 février; 2017 : 27 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown  
et Rowe.

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO**

*Droit commercial — Lettres de change — Chèques frauduleux — Détournement — Moyens de défense — Banques — Approche permettant de décider si un preneur est ou non une personne « fictive ou qui n’existe pas » au sens de l’art. 20(5) de la Loi sur les lettres de change — Mise au point par un employé d’une société d’un stratagème frauduleux consistant à utiliser des noms semblables ou identiques à ceux de clients vérifiables de son employeur auxquels ce dernier ne devait pourtant aucune somme — Émission par le service des comptes fournisseurs de l’employeur de chèques revêtus de signatures apposées mécaniquement — Ouverture par l’employé au nom d’entreprises enregistrées par lui de comptes bancaires sur lesquels il a déposé le montant des chèques frauduleux — Qui de la société ou des banques d’encaissement devrait supporter la perte infligée par la fraude? — Les banques d’encaissement sont-elles coupables de détournement vis-à-vis de la société? — Les chèques étaient-ils payables à une personne fictive ou qui n’existe pas? — Loi sur les lettres de change, L.R.C. 1985, c. B-4, art. 20(5).*

Une société pharmaceutique, T, a été victime du stratagème de chèques frauduleux d’un de ses employés, M,

employees, M. M's scheme involved drafting false cheque requisition forms for business entities with similar or identical names to those of T's real customers, to whom no debt was owed. Based on M's fraudulent forms, T's accounts payable department issued the cheques and mechanically applied the requisite signatures. M registered the business names as sole proprietorships and opened bank accounts at several banks. In total, he deposited 63 fraudulent cheques totaling \$5,483,249.40 into these accounts and eventually removed the funds.

T filed an action claiming that the collecting banks involved in negotiating the fraudulent cheques are liable for conversion, a strict liability tort. The banks argued that the payees in this case were fictitious or non-existing and that they were not, as a result, liable for conversion. Under s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act*, it is a defence to the tort of conversion if cheques are made out to "fictitious or non-existing" payees. The defence operates by rendering the impugned cheque "payable to bearer", such that mere delivery — without endorsement — effects negotiation. The cheque would otherwise be "payable to order", require an endorsement, and, without such endorsement, be wrongly converted by the bank.

The motions judge found that the payees were not fictitious or non-existing within the meaning of s. 20(5); therefore, the banks could not rely on that defence and were ordered to pay T the full amount owing. The Court of Appeal concluded that the motions judge erred in determining that the banks should bear the loss and T's action for conversion could not succeed.

*Held* (McLachlin C.J. and Wagner, Côté and Rowe JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the decision of the motions judge restored.

*Per* Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Brown JJ.: The question at the heart of this case is which innocent party — T or the collecting banks — should bear the loss resulting from fraud? The *Bills of Exchange Act* should be interpreted in such a way that drawers and banks are exposed to the risks created by the fraudulent use of the system, but the banks are the more significant beneficiaries of the bills of exchange system. It is therefore appropriate, in certain circumstances, for them to bear risks and losses associated with that system. To allocate losses to the drawer for having failed to identify

qui consistait à demander l'émission de chèques destinés à des entreprises dont les dénominations étaient semblables ou identiques à celles de clients véritables de T auxquels aucune somme n'était pourtant due. Sur la foi des demandes frauduleuses de M, le service des comptes fournisseurs de T a émis les chèques et y a apposé mécaniquement les signatures requises. M a enregistré les dénominations d'entreprise à son seul nom et ouvert des comptes dans plusieurs banques. Il y a déposé au total 63 chèques frauduleux dont les montants totalisaient 5 483 249,40 \$, puis il a ultérieurement retiré les fonds.

T a intenté une action dans laquelle elle prétend que les banques d'encaissement qui ont participé à la négociation des chèques frauduleux se sont rendues coupables de détournement, un délit de responsabilité stricte. Les banques ont fait valoir que, dans le cas considéré, les preneurs étaient des personnes fictives ou qui n'existent pas, si bien qu'il n'y avait pas eu détournement de leur part. Suivant le par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*, l'émission d'un chèque au nom d'une personne « fictive ou qui n'existe pas » offre un moyen de défense dans le cadre d'une poursuite pour détournement. Lorsque cette défense s'applique, le chèque en question est « payable au porteur », de sorte que sa simple livraison — sans endorsement — emporte négociation. Sinon, le chèque est « payable à ordre », son endorsement est exigé et, à défaut d'endorsement, il est converti en espèces à tort par la banque.

Le juge des requêtes a statué que les preneurs n'étaient pas des personnes fictives ou qui n'existent pas au sens du par. 20(5); par conséquent, les banques ne pouvaient invoquer le moyen de défense et se sont vu ordonner de payer à T le montant total des chèques. La Cour d'appel a estimé qu'il avait eu tort de conclure que les banques devaient supporter la perte et elle a jugé que l'action pour détournement intentée par T ne pouvait être accueillie.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Wagner, Côté et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, et la décision du juge des requêtes est rétablie.

*Les juges* Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Brown : La question que soulève le pourvoi est de savoir laquelle de deux parties innocentes — T ou les banques d'encaissement — devrait supporter la perte infligée par une fraude. La *Loi sur les lettres de change* doit être interprétée de manière que les tireurs et les banques soient exposés aux risques de l'utilisation frauduleuse du système. Mais comme ce sont les banques qui bénéficient le plus du régime des lettres de change, il convient parfois qu'elles prennent à leur charge les risques et les pertes qui s'y rattachent. Attribuer la perte au tireur parce qu'il

and detect the fraud is inconsistent with the strict liability tort of conversion, which makes any negligence on the part of the drawer or the banks in preventing the fraud irrelevant. The Court has, in multiple decisions, provided a two-step framework which outlines what a bank must prove to demonstrate that a payee is fictitious or non-existing. The first step — the subjective fictitious payee inquiry — asks whether the drawer intends to pay the payee. A payee is fictitious when the drawer does not intend to pay the payee, meaning that the payee's name is inserted by way of pretence only. The underlying rationale behind the fictitious payee rule is that if the drawer did not intend that the payee receive payment, such as in cases of fraud, the drawer should not be able to recover from the bank. As a result, if the drawer does not intend to pay the payee, the payee will be fictitious, the cheque will be payable to bearer, and the banks will be able to rely on the defence in s. 20(5). In this sense, the fictitious payee analysis is subjective. The Court's interpretation of fictitious payees as incorporating a subjective standard is deeply rooted in the common law, which s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act* was intended to codify. This approach is also sensitive to commercial realities. Attributing an intention to pay recognizes that, particularly in a large corporation, a specific intention by the guiding mind of the corporation is not directed to each individual cheque. To require such an intention would ignore the realities of the cheque issuing process in many organizations.

If the bank proves that the drawer lacked such intent to pay the payee, then the payee is fictitious and the drawer is liable. If the bank does not prove that the drawer lacked such intent, then the payee is not fictitious, and the analysis proceeds to step two. The second step — the objective non-existing payee inquiry — asks if the payee is either (1) a legitimate payee of the drawer; or (2) a payee who could reasonably be mistaken for a legitimate payee of the drawer. If neither of these is satisfied, then the payee does not exist, and the drawer is liable. If either is satisfied, then the payee exists, and the bank is liable. Whether a payee is non-existing is a simple question of fact, not depending on anyone's intention.

There is no reason to create a new version of this test. In enacting s. 20(5), Parliament intended to codify the

a omis de déceler la fraude est inconciliable avec le fait que le détournement est un délit de responsabilité stricte, une caractéristique qui rend sans importance toute négligence du tireur ou des banques dans la prévention de la fraude. Dans de nombreuses décisions, la Cour a établi un cadre à deux volets prévoyant les éléments que doit prouver la banque pour démontrer que le preneur est une personne fictive ou qui n'existe pas. Premièrement, suivant l'analyse subjective, on se demande si le tireur a voulu payer le preneur, lequel est une personne fictive lorsque le tireur n'a pas eu cette intention, c'est-à-dire que l'inscription de son nom n'était qu'un simulacre. La raison d'être de la règle du preneur fictif est que si le tireur n'a pas voulu que le preneur touche le paiement, notamment dans les cas de fraude, il ne devrait pas pouvoir recouvrer la somme auprès de la banque. Par conséquent, lorsque le tireur n'entend pas le payer, le preneur est une personne fictive, le chèque est payable au porteur et les banques peuvent invoquer le moyen de défense prévu au par. 20(5). L'analyse est alors subjective. L'opinion de la Cour selon laquelle l'interprétation de l'adjectif « fictive » appelle l'application d'une norme subjective est profondément ancrée dans la common law, le par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change* étant censé avoir codifié cette dernière. Il s'agit aussi d'une approche adaptée aux réalités commerciales. L'attribution de l'intention de payer reconnaît, particulièrement dans le cas d'une grande entreprise, qu'une intention précise de l'âme dirigeante de la société ne vise pas chacun des chèques individuels. Exiger une telle intention ferait fi des réalités du processus d'émission de chèques dans de nombreuses organisations.

Si la banque prouve que le tireur n'avait pas l'intention de payer le preneur, celui-ci est une personne fictive et le tireur est tenu de supporter la perte. Si la banque ne prouve pas que le tireur n'avait pas cette intention, le preneur n'est pas une personne fictive, si bien qu'il faut passer au deuxième volet, soit l'analyse objective visant à décider si le preneur est une personne qui existe ou non : le preneur est-il (1) soit un preneur légitime vis-à-vis du tireur, (2) soit une personne qui aurait pu raisonnablement être confondue avec un tel preneur? Si aucune de ces conditions n'est remplie, le preneur est une personne qui n'existe pas, et le tireur est tenu de supporter la perte. Si l'une ou l'autre est remplie, le preneur est une personne qui existe, et la banque doit supporter la perte. La question de savoir si un preneur est une personne qui n'existe pas est une simple question de fait qui ne dépend de l'intention de personne.

Il n'y a pas de raison de créer une nouvelle version du cadre à deux volets. Par l'adoption du par. 20(5), le

common law false payee defence, including subjective considerations. No express language in s. 20(5) ousted these subjective considerations. There are no compelling reasons that the past precedents of the Court were wrongly decided and should be overruled. The fact that there are dissenting opinions on this issue is not a basis for overruling a precedent. Further, there is no evidence that the jurisprudence on fictitious and non-existing payees reflects unsound public policy on the allocation of risk. Banks are well-situated to handle the losses arising from fraudulent cheques, allowing those losses to be distributed among users, rather than by potentially bankrupting individuals or small businesses which are the victims of fraud.

In this case, since M was not lawfully entitled to the cheques, the banks are *prima facie* liable for conversion. It is accepted that T did not participate in the fraud. It follows that none of the payees were fictitious. Further, all payees were either (1) known customers of T's; or (2) companies whose names could reasonably have been mistaken for its actual customers, such that all payees existed. Therefore, none of the payees in this case were either fictitious or non-existing. As a result, the defence in s. 20(5) does not apply and the banks are liable for conversion.

*Per* McLachlin C.J. and Wagner, Côté and Rowe JJ. (dissenting): A simplified, objective approach to the interpretation of s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act* should be followed. The current focus placed on subjective intentions and the existence of reasonable beliefs in the mind of the drawer brings uncertainty to Canada's negotiable instruments and payment system. The payees here are fictitious and non-existing on an objective interpretation of s. 20(5), and therefore, the banks should be entitled to rely on s. 20(5) as a defence to the tort of conversion. The appeal should be dismissed and past precedents from the Court which adopted a subjective approach should be overruled.

Under this proposed approach, the first step in determining whether an instrument ought to be considered as payable to bearer under s. 20(5) of the Act involves determining whether the payee is a non-existing person. Under an objective approach, a payee will be non-existing where the payee does not in fact exist at the time

législateur a voulu codifier la défense du faux preneur de la common law, y compris l'analyse subjective qu'elle commandait en partie. Aucun libellé de la disposition n'exclut expressément cette analyse. Nulles raisons impérieuses ne permettent de conclure que les décisions antérieures de la Cour sont erronées et qu'elles doivent être écartées. L'existence d'opinions dissidentes sur ce point litigieux ne saurait non plus justifier la mise à l'écart d'un précédent. Qui plus est, rien ne prouve que la jurisprudence relative au caractère fictif ou inexistant du preneur reflète une politique publique malavisée sur l'imputation du risque. Les banques sont bien placées pour gérer les pertes infligées par des chèques frauduleux, car elles peuvent les répartir entre les utilisateurs au lieu d'exposer à la faillite les particuliers ou les petites entreprises victimes de la fraude.

Dans la présente affaire, puisque M n'avait pas légalement droit aux chèques, les banques sont à première vue coupables de détournement. Il est admis que T n'a pas pris part à la fraude, de sorte qu'aucun des preneurs n'était une personne fictive. De plus, tous les preneurs étaient (1) soit des clients connus de T, (2) soit des entreprises dont les dénominations auraient pu raisonnablement être confondues avec celles de clients d'alors, de sorte que tous les preneurs étaient des personnes qui existent. En conséquence, aucun des preneurs visés en l'espèce n'était donc une personne fictive ou qui n'existe pas, si bien que le moyen de défense prévu au par. 20(5) ne s'applique pas et que les banques sont coupables de détournement.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Wagner, Côté et Rowe (dissidents) : Une approche simplifiée et objective devrait être adoptée pour l'interprétation du par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*. L'accent que l'on met actuellement sur l'intention subjective et l'existence d'une croyance raisonnable chez le tireur constitue une source d'incertitude pour les titres négociables et le système de paiements canadien. En l'espèce, suivant une interprétation objective du par. 20(5), les preneurs sont fictifs et n'existent pas; par conséquent, les banques devraient pouvoir opposer le moyen de défense prévu au par. 20(5) à l'action pour détournement. Le pourvoi devrait être rejeté et les décisions antérieures dans lesquelles la Cour adopte une approche subjective, écartées.

Selon la démarche ainsi préconisée, décider si un effet de commerce doit être considéré comme payable au porteur au sens du par. 20(5) de la Loi exige d'abord que l'on se demande si le preneur est une personne qui n'existe pas. Suivant une approche objective, le preneur est une personne qui n'existe pas lorsque, dans les faits,

the instrument is drawn. The non-existence of the payee obviously makes endorsement by this person impossible. Thus, such a cheque may be treated as payable to the bearer, providing the banks with a defence to the tort of conversion.

If the payee is an existing person, then a second inquiry is required to determine if the payee is fictitious. A payee will be fictitious where there is no real transaction between the drawer and the payee. By definition, or necessary implication, a payee who is non-existing is also fictitious (given that there can be no real transaction with a person that does not exist). But a payee who is a real person can nevertheless be fictitious. This is the case where the payee, despite being a real person, is not entitled to the proceeds of the cheque because there is no underlying transaction with the drawer.

This approach does away with all considerations of intent. Where a cheque is drawn to the order of a person who does not in fact exist, or to the order of a person who exists but who is not entitled to the proceeds of the cheque, s. 20(5) will apply, regardless of the intent of the parties involved in the creation of the cheque. It does not matter that such a situation is the result of a deliberate choice, of an innocent mistake by the drawer, or, as is the case here, of fraud committed on the drawer. This approach to s. 20(5) is not novel. Rather, it returns Canadian jurisprudence to the principles underlying the earliest interpretation of s. 20(5).

This interpretation supports the purpose of the bills of exchange system. The principles of negotiability, certainty, and finality are integral to the operation of the Act. To give effect to these principles, the negotiability of a cheque must be determinable on its face. Otherwise, the efficiency created by the bills of exchange system would be undermined as collecting banks would be required to conduct an investigation into subjective factors to determine the validity of every cheque. Rather than requiring a bank to verify subjective intent and drawer belief, it is more congruent with the purpose of the Act to adopt an interpretation that encourages drawers, prior to the drawing of a cheque, to ensure that the cheque is drawn for a real transaction. A bank's legal position will no longer depend on facts unknown to it.

il n'existe pas au moment où est tiré l'effet de commerce. L'inexistence du preneur rend de toute évidence impossible l'endossement de l'effet de commerce par cette personne. Le chèque peut donc être considéré comme payable au porteur, ce qui permet à la banque d'opposer un moyen de défense lorsqu'elle est poursuivie pour détournement.

Lorsque le preneur est une personne qui existe, la seconde question à se poser est la suivante : le preneur est-il une personne fictive ou non? Le preneur est une personne fictive lorsqu'aucune opération véritable n'intervient entre le tireur et lui. Par définition, ou par implication nécessaire, le preneur qui est une personne qui n'existe pas est aussi une personne fictive (puisque'il ne peut y avoir d'opération véritable avec une personne qui n'existe pas). Par contre, le preneur qui est une personne qui existe peut néanmoins être une personne fictive. C'est le cas lorsque, même s'il est une personne qui existe, le preneur n'a pas droit au montant du chèque vu l'absence d'opération sous-jacente intervenue avec le tireur.

Cette approche exclut tout examen de l'intention. Lorsqu'un chèque est fait payable à une personne qui n'existe pas dans les faits ou à une personne qui existe mais qui n'a pas droit au montant indiqué, le par. 20(5) s'applique indépendamment de l'intention des personnes qui ont participé à la création du chèque. Il n'importe pas que cette situation soit le fruit d'un choix délibéré, d'une erreur commise de bonne foi par le tireur ou, comme c'est le cas en l'espèce, d'une fraude à l'endroit du tireur. Cette approche du par. 20(5) n'est pas nouvelle. Elle équivaut plutôt à un retour aux principes qui ont présidé à la toute première interprétation de la disposition par les tribunaux canadiens.

Cette interprétation est conforme à la raison d'être du régime des lettres de change. Les principes de négociabilité, de certitude et d'irrévocabilité font partie intégrante de l'application de la Loi. Reconnaître l'effet de ces principes commande que l'on puisse déterminer la négociabilité d'un chèque de prime abord car, sinon, l'efficacité censée découler du régime des lettres de change serait compromise, les banques d'encaissement étant obligées de considérer des éléments subjectifs pour s'assurer de la validité de tous les chèques. Au lieu d'obliger la banque à confirmer l'intention subjective et la croyance du tireur, une interprétation qui incite le tireur à s'assurer, avant de tirer un effet de commerce, que celui-ci correspond à une opération réelle, est plus en accord avec la Loi. La situation juridique de la banque ne dépend plus alors de faits qu'elle ignore.

The policy rationales for this approach are significant. First, the proposed objective approach allocates the risk of losses from cheque fraud to the party in the best position to detect and minimize such fraud: the drawer. Where a drawer is fraudulently induced into drawing a cheque to the order of someone with whom the drawer has no real transaction, the drawer will bear the loss. It matters not whether the fraudster was an employee or a third party, whether the fraudster might be the directing mind, or whether the payee is real. In all such a cases, the banks will be able to successfully avail themselves of the protection granted by s. 20(5) against an action in conversion by the drawer. The drawer is the party in the best position to detect and prevent cheque fraud, since it is able to implement cheque approval policies and fraud detection measures such as audits. By contrast, banks are not in the best position to prevent cheque fraud on the drawer. The second policy rationale for this approach is that it simplifies the analysis to be performed *ex post facto* by courts to determine whether a payee is non-existing or fictitious under s. 20(5).

The Court should not continue to apply an interpretation of s. 20(5) that is inconsistent with the purpose of the Act and the principles underlying the bills of exchange system. Although the Court does not lightly depart from its own precedents, there are compelling reasons to do so in this case. Courts have struggled to apply the subjective approach. The proposed objective approach will add much needed predictability to the s. 20(5) analysis and increase certainty. It offers a needed course correction that will return the jurisprudence to a proper interpretation of s. 20(5).

In this case, two payees were invented by M and did not in fact exist. They are therefore non-existing under s. 20(5). The other four payees are real entities. However, the cheques were for false purchase orders and thus there were no underlying transactions with the payees. Accordingly, all payees in this second group were fictitious under s. 20(5). In the result, the banks were entitled to treat all the cheques as payable to bearer.

Les considérations de principe qui sous-tendent cette approche sont importantes. Premièrement, l'analyse objective proposée impute le risque de perte à la personne la mieux placée pour déceler la fraude par chèque et la réduire au minimum, soit le tireur. Le tireur qui est frauduleusement amené à faire un chèque payable à une personne avec laquelle il n'a pas conclu d'opération réelle doit supporter la perte subie. Il importe peu que le fraudeur soit un employé ou un tiers, que le fraudeur soit l'âme dirigeante du tireur ou que le preneur soit une personne réelle. Dans tous ces cas, la banque pourra invoquer avec succès la défense prévue au par. 20(5) contre le tireur qui la poursuit pour détournement. Le tireur est la personne la mieux placée pour déceler et prévenir la fraude par chèque puisqu'il peut adopter et mettre en application des politiques d'approbation des chèques, ainsi que des mesures de détection des fraudes, telles que des mesures de vérification. À l'opposé, les banques ne sont pas les mieux placées pour prévenir la fraude par chèque commise au détriment du tireur. La seconde considération de principe qui milite en faveur de l'approche réside dans la simplification de l'analyse à laquelle doivent se livrer les tribunaux a posteriori pour décider si le preneur est une personne qui n'existe pas ou une personne fictive au sens du par. 20(5).

La Cour ne devrait pas continuer d'interpréter le par. 20(5) d'une façon qui est inconciliable avec la raison d'être de la Loi et les principes qui sous-tendent le régime des lettres de change. Bien que la Cour n'écarte pas à la légère ses décisions antérieures, il y a en l'espèce des raisons impérieuses de le faire. Les tribunaux se sont efforcés d'appliquer la méthode subjective. L'approche objective proposée répond à un besoin criant de prévisibilité dans l'application du par. 20(5) et elle accroît la certitude. Elle correspond à la mesure nécessaire pour ramener la jurisprudence à une interprétation correcte du par. 20(5).

Dans la présente affaire, deux preneurs ont été inventés de toutes pièces par M et n'existaient pas dans les faits. Il s'agissait donc de personnes qui n'existent pas au sens du par. 20(5). Les quatre autres preneurs sont des entités réelles. Or, les chèques ont été faits sur la foi de faux bons de commande, et aucune opération sous-jacente n'est donc intervenue avec ces preneurs. Par conséquent, tous les preneurs de ce second groupe étaient des personnes fictives au sens du par. 20(5), si bien que les banques pouvaient considérer tous les chèques comme payables au porteur.

## Cases Cited

By Abella J.

**Applied:** *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727; *Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia*, [1982] 2 S.C.R. 488; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 456; **not followed:** *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107; **referred to:** *Metroland Printing, Publishing and Distribution Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2002), 158 O.A.C. 111; *Clutton v. Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90; *Vinden v. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795; *North and South Wales Bank Ltd. v. Macbeth*, [1908] A.C. 137; *Harley v. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135; *Bank of Toronto v. Smith*, [1950] 3 D.L.R. 169; *Banque de Montréal v. Barbeau*, [1963] B.R. 753; *Fix Fast Ltd. v. Royal Bank of Canada*, Que. Sup. Ct., No. 681,011, May 21, 1970; *Metroland Printing, Publishing & Distribution Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2001), 14 B.L.R. (3d) 212; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Kepitigalla Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India, Ltd.*, [1909] 2 K.B. 1010.

By Côté and Rowe JJ. (dissenting)

*Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727; *Clutton v. Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90; *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 456; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Grant v. Vaughan* (1764), 3 Burr. 1516, 97 E.R. 957; *Minet v. Gibson* (1789), 1 R.R. 754; *Tatlock v. Harris* (1789), 3 T.R. 174, 100 E.R. 517; *Vinden v. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795; *North and South Wales Bank Ltd. v. Macbeth*, [1908] A.C. 137; *Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia*, [1982] 2 S.C.R. 488; *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *Westboro Flooring and Décor Inc. v. Bank of Nova Scotia* (2004), 71 O.R. (3d) 723, aff'g 2002 CanLII 7479; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Nishi v. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 SCC 33, [2013] 2 S.C.R. 438; *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *Metroland Printing, Publishing & Distribution Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2001), 14 B.L.R. (3d) 212, aff'd (2002), 158 O.A.C. 111;

## Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Arrêts appliqués :** *Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727; *Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1982] 2 R.C.S. 488; *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 456; **arrêt non suivi :** *Bank of England c. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107; **arrêts mentionnés :** *Metroland Printing, Publishing and Distribution Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2002), 158 O.A.C. 111; *Clutton c. Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90; *Vinden c. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795; *North and South Wales Bank Ltd. c. Macbeth*, [1908] A.C. 137; *Harley c. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135; *Bank of Toronto c. Smith*, [1950] 3 D.L.R. 169; *Banque de Montréal c. Barbeau*, [1963] B.R. 753; *Fix Fast Ltd. c. Royal Bank of Canada*, C.S. Qc, n° 681,011, 21 mai 1970; *Metroland Printing, Publishing & Distribution Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2001), 14 B.L.R. (3d) 212; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Kepitigalla Rubber Estates, Ltd. c. National Bank of India, Ltd.*, [1909] 2 K.B. 1010.

Citée par les juges Côté et Rowe (dissidents)

*Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727; *Clutton c. Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90; *Bank of England c. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107; *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 456; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Grant c. Vaughan* (1764), 3 Burr. 1516, 97 E.R. 957; *Minet c. Gibson* (1789), 1 R.R. 754; *Tatlock c. Harris* (1789), 3 T.R. 174, 100 E.R. 517; *Vinden c. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795; *North and South Wales Bank Ltd. c. Macbeth*, [1908] A.C. 137; *Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1982] 2 R.C.S. 488; *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *Westboro Flooring and Décor Inc. c. Bank of Nova Scotia* (2004), 71 O.R. (3d) 723, conf. 2002 CanLII 7479; *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Nishi c. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 CSC 33, [2013] 2 R.C.S. 438; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *Metroland Printing, Publishing & Distribution Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2001), 14 B.L.R. (3d) 212, conf. par

*Rouge Valley Health System v. TD Canada Trust*, 2012 ONCA 17, 108 O.R. (3d) 561; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683.

### Statutes and Regulations Cited

*Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1985, c. B-4, ss. 9, 20(5), 48, 165(3).  
*Bills of Exchange Act, 1882* (U.K.), 45 & 46 Vict., c. 61, ss. 7(3), 97(2).  
*Bills of Exchange Act, 1890*, S.C. 1890, c. 33, s. 7(3).  
*Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, Sch. B.

### Authors Cited

*Chalmers and Guest on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes*, 18th ed. by S. J. Gleeson. London: Sweet & Maxwell, 2017.  
 Chalmers, M. D. *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes & Cheques*, 3rd ed. London: Stevens and Sons, 1887.  
 Chalmers, M. D. *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques, and Negotiable Securities*, 9th ed. London: Stevens & Sons, 1927.  
 Chalmers, M. D. “Vagliano’s Case” (1891), 7 *L.Q.R.* 216. Comment. “The Fictitious Payee and the UCC — The Demise of a Ghost” (1951), 18 *U. Chicago L. Rev.* 281.  
 Craies, William Feilden. *A Treatise on Statute Law*, 4th ed. by Walter S. Scott. London: Sweet & Maxwell, 1936.  
 Crawford and Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada*, vol. 2, 8th ed. by Bradley Crawford. Toronto: Canada Law Book, 1986.  
 Crawford, Bradley. *The Law of Banking and Payment in Canada*, vol. 3. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2008 (loose-leaf updated 2017, release 22).  
 Falconbridge on *Banking and Bills of Exchange*, 7th ed. by Arthur W. Rogers. Toronto: Canada Law Book, 1969.  
 Falconbridge, John Delatre. *Banking and Bills of Exchange*, 6th ed. Toronto: Canada Law Book, 1956.  
 Geva, Benjamin. “Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC*” (1997), 28 *Can. Bus. L.J.* 177.  
 Geva, Benjamin. “The Fictitious Payee After *Teva v. BMO*: Has the Pendulum Swung Back Far Enough?” (2016), 31 *B.F.L.R.* 607.

(2002), 158 O.A.C. 111; *Rouge Valley Health System c. TD Canada Trust*, 2012 ONCA 17, 108 O.R. (3d) 561; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683.

### Lois et règlements cités

*Acte des lettres de change, 1890*, S.C. 1890, c. 33, art. 7(3).  
*Bills of Exchange Act, 1882* (R.-U.), 45 & 46 Vict., c. 61, art. 7(3), 97(2).  
*Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, ann. B.  
*Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, c. B-4, art. 9, 20(5), 48, 165(3).

### Doctrine et autres documents cités

*Chalmers and Guest on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes*, 18th ed. by S. J. Gleeson, London, Sweet & Maxwell, 2017.  
 Chalmers, M. D. *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes & Cheques*, 3rd ed., London, Stevens and Sons, 1887.  
 Chalmers, M. D. *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques, and Negotiable Securities*, 9th ed., London, Stevens & Sons, 1927.  
 Chalmers, M. D. « Vagliano’s Case » (1891), 7 *L.Q.R.* 216. Comment. « The Fictitious Payee and the UCC — The Demise of a Ghost » (1951), 18 *U. Chicago L. Rev.* 281.  
 Craies, William Feilden. *A Treatise on Statute Law*, 4th ed. by Walter S. Scott, London, Sweet & Maxwell, 1936.  
 Crawford and Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange : A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada*, vol. 2, 8th ed. by Bradley Crawford, Toronto, Canada Law Book, 1986.  
 Crawford, Bradley. *The Law of Banking and Payment in Canada*, vol. 3, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2008 (loose-leaf updated 2017, release 22).  
 Falconbridge on *Banking and Bills of Exchange*, 7th ed. by Arthur W. Rogers, Toronto, Canada Law Book, 1969.  
 Falconbridge, John Delatre. *Banking and Bills of Exchange*, 6th ed., Toronto, Canada Law Book, 1956.  
 Geva, Benjamin. « Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC* » (1997), 28 *Rev. can. dr. comm.* 177.  
 Geva, Benjamin. « The Fictitious Payee After *Teva v. BMO* : Has the Pendulum Swung Back Far Enough? » (2016), 31 *B.F.L.R.* 607.  
 Geva, Benjamin. « The Fictitious Payee and Payroll Padding : *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.* » (1978), 2 *Rev. can. dr. comm.* 418.



- Geva, Benjamin. “The Fictitious Payee and Payroll Padding: *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*” (1978), 2 *Can. Bus. L.J.* 418.
- Geva, Benjamin. “The Fictitious Payee Strikes Again: The Continuing Misadventures of BEA s. 20(5)” (2015), 30 *B.F.L.R.* 573.
- Holden, J. Milnes. *The History of Negotiable Instruments in English Law*. London: Athlone Press, 1955.
- Mohamed, Munaf, and Jordan McJannet. “The Employer, the Bank, and the Fraudster: Vicarious Liability and *Boma Manufacturing Ltd. v. CIBC*” (2005), 20 *B.F.L.R.* 465.
- Ogilvie, M. H. “The Tort of Conversion and the Collecting Bank: *Teva Canada Ltd. v. Bank of Nova Scotia*” (2012), 91 *Can. Bar Rev.* 733.
- Rafferty, Nicholas, and Jonnette Watson Hamilton. “Is the Collecting Bank now the Insurer of a Cheque’s Drawer against Losses Caused by the Fraud of the Drawer’s Own Employee?” (2005), 20 *B.F.L.R.* 427.
- Rogers, James Steven. *The Early History of the Law of Bills and Notes: A Study of the Origins of Anglo-American Commercial Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Geva, Benjamin. « The Fictitious Payee Strikes Again : The Continuing Misadventures of BEA s. 20(5) » (2015), 30 *B.F.L.R.* 573.
- Holden, J. Milnes. *The History of Negotiable Instruments in English Law*, London, Athlone Press, 1955.
- Mohamed, Munaf, and Jordan McJannet. « The Employer, the Bank, and the Fraudster : Vicarious Liability and *Boma Manufacturing Ltd. v. CIBC* » (2005), 20 *B.F.L.R.* 465.
- Ogilvie, M. H. « The Tort of Conversion and the Collecting Bank : *Teva Canada Ltd. v. Bank of Nova Scotia* » (2012), 91 *R. du B. can.* 733.
- Rafferty, Nicholas, and Jonnette Watson Hamilton. « Is the Collecting Bank now the Insurer of a Cheque’s Drawer against Losses Caused by the Fraud of the Drawer’s Own Employee? » (2005), 20 *B.F.L.R.* 427.
- Rogers, James Steven. *The Early History of the Law of Bills and Notes : A Study of the Origins of Anglo-American Commercial Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Laskin and Cronk JJ.A.), 2016 ONCA 94, 129 O.R. (3d) 1, 344 O.A.C. 344, 52 B.L.R. (5th) 171, 394 D.L.R. (4th) 298, [2016] O.J. No. 581 (QL), 2016 CarswellOnt 1483 (WL Can.), setting aside a decision of Whitaker J., 2014 ONSC 828, [2014] O.J. No. 799 (QL), 2014 CarswellOnt 1955 (WL Can.). Appeal allowed, McLachlin C.J. and Wagner, Côté and Rowe JJ. dissenting.

*Colby Linthwaite, Fred Tayar and Daniel Baum*, for the appellant.

*Frank J. McLaughlin, Paul Steep and Shanique M. Lake*, for the respondent TD Canada Trust.

*Martin Sclisizzi, Caitlin Sainsbury and Heather Pessione*, for the respondent the Bank of Nova Scotia.

*Irwin I. Liebman and Moe F. Liebman*, for the intervener.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Weiler, Laskin et Cronk), 2016 ONCA 94, 129 O.R. (3d) 1, 344 O.A.C. 344, 52 B.L.R. (5th) 171, 394 D.L.R. (4th) 298, [2016] O.J. No. 581 (QL), 2016 CarswellOnt 1483 (WL Can.), qui a annulé une décision du juge Whitaker, 2014 ONSC 828, [2014] O.J. No. 799 (QL), 2014 CarswellOnt 1955 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Wagner, Côté et Rowe sont dissidents.

*Colby Linthwaite, Fred Tayar et Daniel Baum*, pour l’appelante.

*Frank J. McLaughlin, Paul Steep et Shanique M. Lake*, pour l’intimée TD Canada Trust.

*Martin Sclisizzi, Caitlin Sainsbury et Heather Pessione*, pour l’intimée la Banque de Nouvelle-Écosse.

*Irwin I. Liebman et Moe F. Liebman*, pour l’intervenant.

The judgment of Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Brown JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Brown rendu par

[1] ABELLA J. — A pharmaceutical company was the victim of a fraudulent cheque scheme implemented by one of its employees. It claimed that the collecting banks involved in negotiating the fraudulent cheques are liable for conversion. Under s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act*,<sup>1</sup> it is a defence to the tort of conversion if cheques are made out to fictitious or non-existing payees.

[1] LA JUGE ABELLA — Victime de l'escroquerie d'un de ses employés, une société pharmaceutique prétend que les banques d'encaissement qui ont participé à la négociation des chèques frauduleux se sont rendues coupables de détournement. Suivant le par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*<sup>1</sup>, l'émission d'un chèque au nom d'une personne fictive ou qui n'existe pas offre un moyen de défense dans le cadre d'une poursuite pour détournement.

[2] The banks argued that the payees in this case were fictitious or non-existing and that they were not, as a result, liable for conversion.

[2] Les banques soutiennent ne pas être coupables de détournement puisque, en l'espèce, les preneurs sont des personnes fictives ou qui n'existent pas.

[3] The tort of conversion involves the wrongful interference with the goods of another. Where a collecting bank pays out on a forged endorsement, it will be liable for conversion. Conversion is a strict liability tort. As a result, a bank may be held liable whether or not it was negligent. Any alleged contributory negligence on the part of the drawer is, as a result, also irrelevant.

[3] Le délit de détournement s'entend de l'appropriation sans droit du bien d'autrui. La banque d'encaissement qui verse une somme sur la foi d'un endossement falsifié se rend coupable de détournement, un délit de responsabilité stricte. Par conséquent, la banque peut être tenue de supporter la perte subie, qu'elle ait fait preuve de négligence ou non; la négligence contributive éventuelle du tireur n'importe donc pas elle non plus.

[4] Liability for conversion can be avoided if a bank can bring itself within s. 20(5) of the *Act*, which states:

[4] La banque peut échapper à la responsabilité pour détournement en invoquant le par. 20(5) de la *Loi*, qui prévoit ce qui suit :

**Fictitious payee**

**Preneur fictif**

(5) Where the payee is a fictitious or non-existing person, the bill may be treated as payable to bearer.

(5) La lettre dont le preneur est une personne fictive ou qui n'existe pas peut être considérée comme payable au porteur.

[5] This Court explained the implications of s. 20(5) in *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727, as follows:

[5] Dans l'arrêt *Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727, la Cour explique comme suit l'incidence du par. 20(5) :

[Section 20(5)] provides that, where the payee is a fictitious or non-existing person, the bill may be treated as payable to bearer. The significance of a cheque that is

Aux termes [du par. 20(5)], la lettre dont le preneur est une personne fictive ou qui n'existe pas peut être considérée comme payable au porteur. Le fait qu'un chèque

<sup>1</sup> *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1985, c. B-4.

<sup>1</sup> *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, c. B-4.

payable to bearer, rather than to order, is that it can be negotiated by simple “delivery” to the bank; endorsement is not required. The presence or absence of a legitimate or forged endorsement is irrelevant to a bearer cheque. A bank becomes the lawful holder of a bearer cheque simply through delivery. By contrast, in order for a bank to become the lawful holder of a cheque that is payable to order, not only must the cheque be delivered to effect negotiation, but the cheque must also be endorsed. If the cheques in question were payable to fictitious persons, and could accordingly be treated as bearer cheques, the bank would become a “holder in due course” pursuant to s. 73 of the Act despite the forged endorsements and the missing endorsements; to repeat, negotiation of a bearer cheque is achieved simply by delivery. [para. 45]

[6] In other words, when a bank transfers funds to an “improper” recipient, it is liable under the strict liability tort of conversion unless a statutory defence succeeds. And the statutory defence in s. 20(5) operates by rendering the impugned cheque “payable to bearer”, such that mere delivery — without endorsement — effects negotiation. The cheque would otherwise be “payable to order”, require an endorsement, and, without such endorsement, be wrongly converted by the bank.

[7] This Court has also, in multiple decisions, provided what is, in essence, a two-step framework which outlines what a bank must prove to demonstrate that a payee is fictitious or non-existing. Step one — the subjective fictitious payee inquiry — asks whether the drawer intends to pay the payee. If the bank proves that the drawer lacked such intent, then the payee is fictitious, the analysis ends and the drawer is liable. If the bank does not prove that the drawer lacked such intent, then the payee is *not* fictitious, and the analysis proceeds to step two. Step two — the objective non-existing payee inquiry — asks if the payee is either (1) a legitimate payee of the drawer; or (2) a payee who could reasonably be mistaken for a legitimate payee of the drawer. If neither of these is satisfied, then the payee does not

soit payable au porteur plutôt qu’à ordre signifie qu’il peut être négocié par simple « livraison » à la banque; il n’a pas besoin d’être endossé. Dans le cas d’un chèque au porteur, la présence ou l’absence d’endossement légitime ou falsifié est sans importance. Une banque devient détentrice légitime d’un chèque au porteur par simple livraison. Par contre, pour qu’une banque devienne détentrice légitime d’un chèque payable à ordre, le chèque doit non seulement être livré, mais encore il doit être endossé, pour qu’il y ait négociation. Si les chèques en question étaient payables à des personnes fictives et pouvaient donc être considérés comme des chèques payables au porteur, la banque deviendrait un « détenteur régulier », conformément à l’art. 73 de la Loi, même s’il y avait falsification ou absence d’endossement; je répète que la négociation d’un chèque au porteur se fait par simple livraison. [par. 45]

[6] Autrement dit, la banque qui transfère des fonds à un bénéficiaire « inapproprié » se rend coupable du délit de détournement, qui est de responsabilité stricte, sauf si elle peut se prévaloir d’un moyen de défense prévu par la loi. Et lorsque s’applique la défense que prévoit le par. 20(5) de la *Loi*, le chèque en question est « payable au porteur », de sorte que sa simple livraison — sans endossement — emporte négociation. Sinon, le chèque est « payable à ordre », son endossement est exigé et, à défaut d’endossement, il est converti en espèces à tort par la banque.

[7] Dans de nombreuses décisions, la Cour a également établi ce qui constitue en somme un cadre à deux volets prévoyant les éléments que doit prouver la banque pour démontrer que le preneur est une personne fictive ou qui n’existe pas. Premièrement, l’analyse subjective que commande la détermination du caractère fictif ou non du preneur veut qu’on se demande si le tireur a voulu payer le preneur. Si la banque prouve que le tireur n’avait pas cette intention, le preneur est une personne fictive, l’analyse prend fin et le tireur est tenu de supporter la perte. Si la banque ne prouve pas que le tireur n’avait pas cette intention, le preneur *n’est pas* une personne fictive, si bien qu’il faut passer au deuxième volet, soit l’analyse objective visant à décider si le preneur est une personne qui existe ou non : le

exist, and the drawer is liable. If either is satisfied, then the payee exists, and the bank is liable.

[8] It is accepted that Teva did not participate in the fraud. It follows that none of the payees were fictitious. Further, all payees were either (1) known customers of Teva's; or (2) companies whose names could reasonably have been mistaken for its actual customers, such that all payees existed. In my respectful view, therefore, and based on this Court's jurisprudence, none of the payees in this case were either fictitious or non-existing. As a result, the defence in s. 20(5) does not apply and the banks are liable for conversion.

### Background

[9] Neil Kennedy McConachie was Teva Canada Limited's Finance Manager. He implemented a fraudulent scheme which involved drafting false cheque requisition forms for business entities with similar or identical names to those of Teva's real customers. Based on McConachie's fraudulent forms, Teva's accounts payable department issued the cheques and mechanically applied the requisite signatures. McConachie registered the business names as sole proprietorships and opened bank accounts at several banks, including the Bank of Montreal, Bank of Nova Scotia and TD Canada Trust. He deposited 63 fraudulent cheques totaling \$5,483,249.40 into these accounts and eventually removed the funds.

[10] The fraudulent cheques were made payable to payees with six different names. Two of those names, PCE Pharmacare and Pharma Team System, resembled the names of existing customers to whom no debt was owed: PCE Management Inc. and Pharma Systems. The four other names, Pharmachoice,

preneur est-il (1) soit un preneur légitime vis-à-vis du tireur, (2) soit une personne qui aurait pu raisonnablement être confondue avec un tel preneur? Si aucune de ces conditions n'est remplie, le preneur est une personne qui n'existe pas, et le tireur est tenu de supporter la perte. Si l'une ou l'autre est remplie, le preneur est une personne qui existe, et la banque doit supporter la perte.

[8] Il est admis que Teva n'a pas pris part à la fraude, de sorte qu'aucun des preneurs n'était une personne fictive. De plus, tous les preneurs étaient (1) soit des clients connus de Teva, (2) soit des entreprises dont les dénominations auraient pu raisonnablement être confondues avec celles de clients d'alors, de sorte que tous les preneurs étaient des personnes qui existent. À mon humble avis et au vu de la jurisprudence de la Cour, aucun des preneurs visés en l'espèce n'était donc une personne fictive ou qui n'existe pas, si bien que le moyen de défense prévu au par. 20(5) ne s'applique pas, et les banques sont coupables de détournement.

### Contexte

[9] Neil Kennedy McConachie était directeur des finances de Teva Canada Limitée. Il a mis au point un stratagème frauduleux consistant à demander l'émission de chèques destinés à des entreprises dont les dénominations étaient semblables ou identiques à celles de clients réels de Teva. Sur la foi de ces demandes frauduleuses, le service des comptes fournisseurs de Teva a émis des chèques et y a apposé mécaniquement les signatures requises. M. McConachie a enregistré les dénominations factices à son seul nom et ouvert des comptes dans plusieurs banques, dont la Banque de Montréal, la Banque de Nouvelle-Écosse et TD Canada Trust. Il y a déposé 63 chèques frauduleux dont les montants totalisaient 5 483 249,40 \$, puis il a ultérieurement retiré les fonds.

[10] Les chèques frauduleux étaient payables à six preneurs. Les dénominations de deux d'entre eux, PCE Pharmacare et Pharma Team System, s'apparentaient à celles de clients existants auxquels Teva ne devait pourtant aucune somme, soit PCE Management Inc. et Pharma Systems. Les quatre autres

London Drugs, Pharma Ed Advantage Inc. and Medical Pharmacies Group, were legitimate Teva customers to whom no debt was owed.

[11] When Teva discovered the fraud in 2006, it fired McConachie.

[12] In June 2007, Teva filed a claim against the collecting banks claiming that they were liable for conversion.

[13] TD Canada Trust and Bank of Nova Scotia raised the following defences before the motions judge, Whitaker J.:

- The cheques were made payable to either a non-existing entity or a fictitious entity, and therefore became payable to the bearer pursuant to s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act*. As bearer instruments, the cheques were properly delivered to the banks and no endorsement was required.
- The cheques were deposited to the credit of the account holder, with the account holder being the named payee of the cheques, and the banks were holders in due course pursuant to s. 165(3) of the *Bills of Exchange Act*. No endorsements were therefore required.
- The claim is statute-barred under the Ontario *Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, Sch. B.

[14] Only the banks' first defence, based on s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act*, is at issue in this appeal.

[15] Whitaker J. found that the payees were *not* fictitious or non-existing within the meaning of s. 20(5) of the *Act* and that there was "a rational basis for concluding that cheques were apparently made payable to existing clients" (2014 ONSC 828, at para. 33 (CanLII)). He also found that "the payees could plausibly be understood to be real entities and customers of the plaintiff" (para. 34). As a result, based on this Court's decision in *Boma* and the Ontario Court of

preneurs, Pharmachoice, London Drugs, Pharma Ed Advantage Inc. et Medical Pharmacies Group, étaient de véritables clients de Teva, mais aucune somme ne leur était due.

[11] Après avoir découvert la fraude en 2006, les dirigeants de Teva ont congédié M. McConachie.

[12] En juin 2007, Teva a poursuivi les banques d'encaissement pour détournement, alléguant qu'elles devaient supporter la perte.

[13] Au stade des requêtes, TD Canada Trust et la Banque de Nouvelle-Écosse ont invoqué les moyens de défense suivants devant le juge Whitaker :

- Les chèques étaient payables à une personne fictive ou qui n'existe pas, de sorte qu'ils étaient devenus payables au porteur suivant le par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*. S'agissant d'effets au porteur, les chèques ont été livrés aux banques en toute légitimité, et aucun endossement n'était requis.
- Le montant des chèques a été porté au crédit du titulaire du compte, celui-ci étant le preneur nommé des chèques, et les banques en étant les détentrices régulières aux termes du par. 165(3) de la *Loi sur les lettres de change*. Dès lors, nul endossement n'était requis.
- Le recours est prescrit suivant la *Loi de 2002 sur la prescription des actions* de l'Ontario, L.O. 2002, c. 24, ann. B.

[14] Seul le premier moyen de défense, fondé sur le par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*, fait l'objet du présent pourvoi.

[15] Le juge Whitaker a conclu que les preneurs *n'étaient pas* des personnes fictives ou qui n'existent pas au sens du par. 20(5) de la *Loi* et qu'[TRADUCTION] « un fondement rationnel [permettait de] conclure que les chèques étaient selon toute apparence payables à des clients existants » (2014 ONSC 828, par. 33 (CanLII)). Il a ajouté qu'« il était vraisemblable que les preneurs soient des entités réelles et des clients véritables de la demanderesse »

Appeal's decision in *Metroland Printing, Publishing and Distribution Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2002), 158 O.A.C. 111, the banks could not rely on the defence in s. 20(5) of the *Act* and were ordered to pay Teva the full amount.

[16] The Court of Appeal concluded that the motions judge erred in determining that the banks should bear the loss (129 O.R. (3d) 1). It found that the two payees whose names were invented by McConachie — PCE Pharmacare and Pharma Team System — were non-existing within the meaning of s. 20(5) of the *Act*. It also concluded that the four payees with names identical to existing customers of Teva were fictitious. As a result, the banks were entitled to treat all the cheques as payable to bearer, and Teva's action for conversion could not succeed.

### Analysis

[17] The question at the heart of this case is which innocent party — Teva or the collecting banks — should bear the loss resulting from the fraud?

[18] The *Bills of Exchange Act* does not define the terms “fictitious” or “non-existing”. As a result, the contours of these terms have been left to the courts to determine. It must fairly be acknowledged that in dealing with loss arising from cheque fraud, the apportionment between two innocent parties is inevitably challenging — and has often been challenged. Yet in my view, the policy choices made by this Court seem to me to strike the appropriate balance and assist in maintaining the efficiency and efficacy of the bills of exchange system.

[19] It is helpful to set out the history that led to this Court's interpretation of s. 20(5). Section 20(5) of the *Bills of Exchange Act*, like most of the *Act*, was largely based on the U.K. *Bills of Exchange Act, 1882*, 45 & 46 Vict., c. 61. Section 7(3) of the U.K.

(par. 34). En conséquence, au vu de l'arrêt *Boma* de notre Cour et de l'arrêt *Metroland Printing, Publishing and Distribution Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2002), 158 O.A.C. 111, de la Cour d'appel de l'Ontario, les banques ne pouvaient invoquer le moyen de défense prévu au par. 20(5) de la *Loi*, si bien qu'elles ont été condamnées à payer à Teva le montant total des chèques.

[16] La Cour d'appel a estimé que le juge des requêtes avait eu tort de conclure que les banques devaient supporter la perte (129 O.R. (3d) 1). Selon elle, les deux preneurs dont les dénominations ont été inventées par M. McConachie — PCE Pharmacare et Pharma Team System — étaient des personnes qui n'existent pas au sens du par. 20(5) de la *Loi*. Elle a ajouté que les quatre preneurs dont les dénominations étaient identiques à celles de clients existants de Teva étaient des personnes fictives. Les banques pouvaient donc considérer tous les chèques comme payables au porteur, de sorte que l'action pour détournement intentée par Teva ne pouvait être accueillie.

### Analyse

[17] La question au cœur du présent pourvoi est celle de savoir laquelle de deux parties innocentes, Teva ou les banques d'encaissement, doit supporter la perte infligée par la fraude.

[18] La *Loi sur les lettres de change* ne définit ni l'adjectif « fictive », ni l'expression « qui n'existe pas », de sorte que les tribunaux ont dû en déterminer le sens. Il faut bien reconnaître que lorsqu'une perte a été subie à cause d'un chèque frauduleux, sa répartition entre deux parties innocentes est forcément difficile et est souvent contestée. J'estime cependant que les décisions de principe de la Cour établissent un juste équilibre et contribuent au fonctionnement optimal du régime des lettres de change.

[19] Les origines historiques de cette interprétation du par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change* par la Cour valent d'être mentionnées. Comme la plupart des autres dispositions de la *Loi*, ce paragraphe reprend en grande partie le libellé de la

Act stated that “[w]here the payee is a fictitious or non-existing person the bill may be treated as payable to bearer.” This language, adopted in the Canadian legislation in 1890 (*The Bills of Exchange Act, 1890*, S.C. 1890, c. 33, s. 7(3)), has not been amended since.

[20] Prior to the legislation, the common law rule with respect to fictitious and non-existing payees was articulated as follows:

In the hundred years that elapsed between the early English cases and the great codifications of negotiable instruments law, the rule was generally accepted to be that “a bill payable to a fictitious person or his order is in effect a bill payable to bearer, and may be declared on as such, in favor of a bona fide holder . . . against all the parties knowing that the payee was a fictitious person.” [Footnote omitted.]

(Comment, “The Fictitious Payee and the UCC — The Demise of a Ghost” (1951), 18 *U. Chicago L. Rev.* 281, at p. 282)

[21] Professor Benjamin Geva highlighted the rationale behind this rule:

The pre-Act rationale of the fictitious payee rule, as stated in the case law, was estoppel against a party with knowledge of the fraud. That is, a drawer or acceptor who knew that the bill did not reflect a real transaction was estopped, usually as against a discounting bank, from raising a defence based on the forged endorsement of the payee whose name was inserted by the creator of the instrument by way of pretense only in order to create a misleading appearance of real transactions between the drawer and acceptor, as well as between the drawer and the payee. [Footnote omitted.]

(“Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC*” (1997), 28 *Can. Bus. L.J.* 177, at p. 194; see also J. S. Rogers, *The Early History of the Law of Bills and Notes* (1995), at pp. 223-49.)

*Bills of Exchange Act, 1882* du Royaume-Uni, 45 & 46 Vict., c. 61. Le paragraphe 7(3) de cette loi dispose que [TRADUCTION] « [l]a lettre dont le preneur est une personne fictive ou qui n’existe pas peut être considérée comme payable au porteur. » Ce libellé a été repris dans la loi canadienne en 1890 (*Acte des lettres de change, 1890*, S.C. 1890, c. 33, par. 7(3)) et n’a pas été modifié depuis.

[20] Avant l’adoption de la loi, la règle de common law relative au preneur qui est une personne fictive ou qui n’existe pas était formulée de la manière suivante :

[TRADUCTION] Au cours du siècle qui s’est écoulé entre les premières décisions anglaises et la grande codification du droit des effets de commerce, la règle généralement reconnue voulait qu’« une lettre payable à une personne fictive ou à son ordre soit en fait une lettre payable au porteur et puisse être déclarée telle au bénéfice d’un détenteur de bonne foi [. . .] vis-à-vis de toutes les personnes qui savaient que le preneur était une personne fictive. » [Note en bas de page omise.]

(Comment, « The Fictitious Payee and the UCC — The Demise of a Ghost » (1951), 18 *U. Chicago L. Rev.* 281, p. 282)

[21] Le professeur Benjamin Geva explique la raison d’être de cette règle :

[TRADUCTION] Il appert de la jurisprudence qu’avant l’adoption de la loi, la raison d’être de la règle du preneur fictif était la préclusion de tout moyen de défense invoqué par une partie au courant de la fraude. Autrement dit, le tireur ou l’accepteur qui savait que la lettre ne correspondait pas à une opération réelle était empêché d’invoquer en défense, habituellement vis-à-vis d’une banque d’escompte, l’endossement falsifié du preneur dont l’insertion du nom par le créateur de l’effet ne visait qu’à simuler l’existence d’opérations réelles entre le tireur et l’accepteur, ainsi qu’entre le tireur et le preneur. [Note en bas de page omise.]

(« Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC* » (1997), 28 *Rev. can. dr. comm.* 177, p. 194; voir également J. S. Rogers, *The Early History of the Law of Bills and Notes* (1995), p. 223-249.)

[22] The common law therefore weighted subjective considerations under the false payee defence: when a drawer *knowingly* made out a cheque to a fictitious or non-existent payee, therefore *not intending* that the cheque carry any commercial validity, the drawer was estopped from denying that the cheque be payable to its bearer.

[23] After the enactment of the U.K. *Bills of Exchange Act, 1882*, the terms “fictitious” and “non-existing” found in s. 7(3) were interpreted and applied in four influential U.K. cases: *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107 (H.L.); *Clutton v. Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90 (H.L.); *Vinden v. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795 (per Warrington J.); and *North and South Wales Bank Ltd. v. Macbeth*, [1908] A.C. 137 (H.L.).

[24] The House of Lords briefly departed from the common law requirement of knowledge in 1891 in *Vagliano*, where it held that s. 7(3) of the U.K. *Bills of Exchange Act* had modified, not codified the common law. Referring to the omission of any reference to the drawer’s knowledge, the Earl of Selborne observed that “the omission must be taken to have been deliberate and intentional, and that there is no sound principle on which what is so omitted can be supplied by construction” (p. 130).

[25] This interpretation of s. 7(3), however, did not last long. In 1905, in *Vinden*, Warrington J. refused to follow the objective approach to “fictitious” and “non-existing” payees. The House of Lords itself rejected this approach in 1908 in *Macbeth*, which reintroduced, with full force, the requirement of knowledge under s. 7(3). It has remained steadfastly in place for a century.

[26] Based on these cases and Canadian jurisprudence such as *Harley v. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135 (Ont. C.A.); *Bank of Toronto v. Smith*, [1950] 3 D.L.R. 169 (Ont. C.A.), and *Banque de Montréal v. Barbeau*, [1963] B.R. 753 (Que. C.A.), Dean Falconbridge summarized the approach to fictitious and non-existing payees as follows:

Whether a named payee is non-existing is a simple question of fact, not depending on anyone’s intention.

[22] La common law soupesait donc des considérations subjectives pour l’application de la défense du faux preneur : le tireur qui émettait *sciemment* un chèque payable à une personne fictive ou qui n’existe pas, de sorte qu’il *n’entendait pas* conférer quelque valeur commerciale au chèque, était préclus de contester le paiement du chèque au porteur.

[23] Après l’adoption de la *Bills of Exchange Act, 1882*, les mots « *fictitious* » (fictive) et « *non-existing* » (qui n’existe pas) employés au par. 7(3) ont été interprétés et appliqués dans quatre arrêts marquants du Royaume-Uni : *Bank of England c. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107 (H.L.); *Clutton c. Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90 (H.L.); *Vinden c. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795 (le juge Warrington), et *North and South Wales Bank Ltd. c. Macbeth*, [1908] A.C. 137 (H.L.).

[24] En 1891, dans *Vagliano*, la Chambre des lords s’est brièvement écartée de la règle de common law qui exigeait la connaissance, statuant que le par. 7(3) de la *Bills of Exchange Act* du Royaume-Uni avait modifié, et non codifié, la common law. Invoquant l’omission de tout renvoi à la connaissance du tireur, le comte de Selborne y fait observer : [TRADUCTION] « . . . il faut supposer que l’omission est délibérée et voulue, et aucun principe valable ne permet d’y remédier par interprétation » (p. 130).

[25] Cette interprétation du par. 7(3) n’a pas valu très longtemps. En 1905, dans *Vinden*, le juge Warrington refusait en effet de faire sienne l’analyse objective de « *fictitious* » et de « *non-existing* ». En 1908, dans *Macbeth*, la Chambre des lords elle-même la rejetait, ramenant intégralement l’exigence de connaissance pour l’application du par. 7(3), une exigence demeurée inébranlable depuis plus d’un siècle.

[26] Prenant appui sur ces arrêts et sur des décisions canadiennes telles *Harley c. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135 (C.A. Ont.); *Bank of Toronto c. Smith*, [1950] 3 D.L.R. 169 (C.A. Ont.), et *Banque de Montréal c. Barbeau*, [1963] B.R. 753 (C.A. Qc), le doyen Falconbridge a défini comme suit le preneur qui est fictif et celui qui n’existe pas :

[TRADUCTION] La question de savoir si un preneur nommé est une personne qui n’existe pas est une simple



The question whether the payee is fictitious depends upon the intention of the creator of the instrument, that is, the drawer of a bill or cheque or the maker of a note.

In the case of a bill drawn by [the drawer] upon [the drawee] payable to [the payee], the payee may or may not be fictitious or non-existing according to the circumstances:

(1) If [the payee] is not the name of any real person known to [the drawer], but is merely that of a creature of the imagination, the payee is non-existing and is probably also fictitious.

(2) If [the drawer] for some purpose of his own inserts as payee the name of [the payee], a real person who was known to him but whom he knows to be dead, the payee is non-existing, but is not fictitious.

(3) If [the payee] is the name of a real person known to [the drawer], but [the drawer] names him as payee by way of pretence, not intending that he should receive payment, the payee is fictitious, but is not non-existing.

(4) If [the payee] is the name of a real person, intended by [the drawer] to receive payment, the payee is neither fictitious nor non-existing, notwithstanding that [the drawer] has been induced to draw the bill by the fraud of some other person who has falsely represented to [the drawer] that there is a transaction in respect of which [the payee] is entitled to the sum mentioned in the bill.

(*Falconbridge on Banking and Bills of Exchange* (7th ed. 1969), by A. W. Rogers, at pp. 482-86)

[27] This Court applied Falconbridge's four propositions in the three appeals in which it considered s. 20(5): *Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia*, [1982] 2 S.C.R. 488; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 456; and *Boma* in 1996.

[28] In *Fok Cheong*, a case dealing with whether the payee was "fictitious", the president of a company, Chan, made out a cheque payable to one of the company's creditors, Looing Weir, never intending that she receive the funds. Chan fraudulently endorsed the cheque in her name and appropriated the

question de fait qui ne dépend de l'intention de personne. Celle de savoir si le preneur est une personne fictive dépend de l'intention de l'auteur de l'effet, à savoir le tireur d'une lettre ou d'un chèque, ou encore l'auteur d'un billet.

Dans le cas d'une lettre de change [tirée par le tireur sur le tiré et payable au preneur], ce dernier est fictif ou inexistant ou ne l'est pas selon les circonstances :

(1) Si [le preneur] n'est pas le nom d'une personne existante que [le tireur] connaît, mais seulement le fruit de l'imagination de ce dernier, le preneur est inexistant et, vraisemblablement aussi, fictif.

(2) Si [le tireur], pour ses fins propres, inscrit comme preneur le nom [du preneur], une personne ayant déjà existé, qu'il connaissait et sait être décédée, le preneur est inexistant mais il n'est pas fictif.

(3) Si [le preneur] est le nom d'une personne existante que [le tireur] connaît, mais dont l'inscription comme preneur n'est qu'un simulacre, le tireur n'ayant pas l'intention d'avantager monétairement ce preneur, le preneur est une personne fictive mais non inexistante.

(4) Si [le preneur] est le nom d'une personne existante à qui [le tireur] destine le paiement, le preneur n'est ni fictif, ni inexistant, quoique [le tireur] ait été amené à rédiger la lettre de change par des manœuvres frauduleuses d'une autre personne qui a fait croire [au tireur] qu'il y a une transaction au regard de laquelle [le preneur] a droit au montant spécifié dans la lettre de change.

(*Falconbridge on Banking and Bills of Exchange* (7<sup>e</sup> éd. 1969), par A. W. Rogers, p. 482-486)

[27] La Cour a retenu les quatre propositions de Falconbridge dans trois arrêts où elle s'est penchée sur l'application du par. 20(5) : *Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1982] 2 R.C.S. 488; *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 456, et *Boma*, en 1996.

[28] Dans *Fok Cheong*, où la question était de savoir si le preneur était une personne « fictive » ou non, le président d'une société, M. Chan, avait tiré un chèque payable à l'une des créancières de la société, Looing Weir, mais sans jamais avoir voulu que cette dernière touche les fonds. M. Chan avait

funds. In attempting to recoup its losses against the bank, the company argued that the cheque was not payable to bearer because the payee was not fictitious within the meaning of s. 21(5) (subsequently changed to s. 20(5)) of the *Bills of Exchange Act*. The company stressed that the payee was a real person to whom the company owed a real debt.

[29] This Court nevertheless found that the payee was fictitious, concluding that

the cheque in question was from the very outset intended not to be cashed by the payee but rather that it should through a cleverly designed forgery be so negotiated as to be payable to the drawer himself. [p. 490]

The finding of fraudulent intent on the part of the drawer, the president of the company, was held to be sufficient to conclude that the payee of the cheque was fictitious. The bank was therefore entitled to treat the cheque as payable to bearer.

[30] In arriving at its conclusion, this Court applied the rationale articulated in *Vagliano*, where Lord Herschell said:

... whenever the name inserted as that of the payee is so inserted by way of pretence merely, without any intention that payment shall only be made in conformity therewith, the payee is a fictitious person within the meaning of the statute, whether the name be that of an existing person, or of one who has no existence, and that the bill may, in each case, be treated by a lawful holder as payable to bearer. [p. 153]

(Cited in *Fok Cheong*, at p. 490.)

[31] This Court next considered the meaning of “fictitious payee” in *Concrete Column*. An employee of *Concrete Column* prepared over 1,000 cheques made payable to two sets of payees who were not entitled to them: individuals whose names came from unknown sources; and individuals employed by *Concrete Column* but to whom no money was owed. An authorized officer mechanically signed a large number of cheques that included the disputed

frauduleusement endossé le chèque et s’était approprié les fonds. Afin de recouvrer la perte auprès de la banque, la société avait fait valoir que le chèque n’était pas payable au porteur puisque le preneur n’était pas une personne fictive au sens du par. 21(5) (devenu par la suite le par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*). La société avait insisté sur le fait que le preneur était une personne réelle à qui la société devait vraiment de l’argent.

[29] La Cour a néanmoins estimé que le preneur était une personne fictive, puis a conclu :

... dès le début l’intention était que le chèque en cause ne soit pas encaissé par la preneuse, mais qu’au moyen d’un faux astucieux, il soit négocié de manière à être payable au tireur lui-même. [p. 490]

La Cour a statué que la conclusion selon laquelle le tireur, le président de la société, avait eu une intention frauduleuse suffisait à faire du preneur du chèque une personne fictive. La banque avait donc pu considérer le chèque comme payable au porteur.

[30] Pour arriver à cette conclusion, la Cour a appliqué le raisonnement de lord Herschell dans *Vagliano* :

[TRADUCTION] ... premièrement, chaque fois que le nom inscrit comme le nom du preneur n’est qu’un simulacre et qu’il n’y a aucune intention de payer uniquement le preneur nommé, celui-ci est une personne fictive au sens de la loi, peu importe que le nom soit celui d’une personne qui existe ou d’une personne qui n’existe pas, et deuxièmement, que dans l’un et l’autre cas, un détenteur légitime peut considérer la lettre de change comme payable au porteur. [p. 153]

(Cité dans *Fok Cheong*, p. 490.)

[31] Dans l’affaire *Concrete Column*, la Cour s’est par la suite penchée sur l’interprétation de l’adjectif « fictive ». Un employé de l’entreprise avait tiré plus de 1000 chèques payables à deux séries de preneurs qui n’avaient pas droit aux sommes en cause : des particuliers dont les noms étaient inconnus et des employés auxquels *Concrete Column* ne devait pas d’argent. Un représentant autorisé avait signé mécaniquement un grand nombre de chèques, y compris

ones. The dishonest employee took the cheques to the bank and received the amounts stipulated on them. When Concrete Column attempted to recover the lost amount from its bank, the bank invoked what is now s. 20(5) and argued that the payees were non-existing or fictitious. It was therefore entitled to treat the cheques as payable to bearer.

[32] The first set of payees, the imaginary ones, who were not known to Concrete Column, were found to be “non-existing” by the trial judge. Based on existing jurisprudence, the trial judge found that the question of whether a payee is non-existing was to be assessed as a question of fact, without regard to the intent of the drawer. As a result, he held that because the payees were not known to the drawer, they were non-existing. The cheques made out to this set of individuals were therefore payable to bearer, and the claim against the bank for those cheques was dismissed. This finding was not appealed.

[33] With respect to the second set of payees — workers who had been employed by Concrete Column but to whom nothing was owed for the relevant pay period, the trial judge found that the payees were not fictitious. The bank was therefore liable for conversion for this set of cheques. The Court of Appeal upheld the trial judge.

[34] In this Court, Pigeon J., writing for the majority, upheld the trial judge’s conclusion that the employees were not fictitious, relying on the fourth Falconbridge proposition, which, as previously noted, states:

If [the payee] is the name of a real person, intended by [the drawer] to receive payment, the payee is neither fictitious nor non-existing, notwithstanding that [the drawer] has been induced to draw the bill by the fraud of some other person who has falsely represented to [the drawer] that there is a transaction in respect of which [the payee] is entitled to the sum mentioned in the bill.

ceux en cause. L’employé malhonnête avait encaissé les chèques à la banque et touché les sommes indiquées. Lorsque Concrete Column avait tenté de recouvrer auprès de sa banque la perte ainsi subie, elle s’était vu opposer la disposition qui correspond aujourd’hui au par. 20(5), la banque soutenant que les preneurs étaient des personnes fictives ou qui n’existaient pas, de sorte qu’elle avait pu considérer les chèques comme payables au porteur.

[32] Le juge de première instance a conclu que la première série de preneurs, ceux dont les noms étaient inventés et qui étaient inconnus de Concrete Column, étaient des personnes « qui n’exist[ai]ent pas ». Prenant appui sur la jurisprudence d’alors, il a estimé que la question de savoir si un preneur est ou non une personne qui n’existe pas relève des faits quelle que soit l’intention du tireur. Dès lors, puisque le tireur ne connaissait pas les preneurs, ceux-ci étaient des personnes qui n’existaient pas. Les chèques établis à leurs noms étaient donc payables au porteur, et l’action intentée contre la banque relativement à ces chèques a été rejetée. Cette conclusion n’a pas été portée en appel.

[33] En ce qui a trait à la seconde série de preneurs, celle constituée d’employés de Concrete Column auxquels aucune somme n’était pourtant due pour la période de paie considérée, le juge du procès a estimé qu’ils n’étaient pas des personnes fictives, de sorte que la banque était coupable de détournement quant aux chèques établis à leurs noms. La Cour d’appel a confirmé la décision.

[34] Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge Pigeon a confirmé la conclusion du juge du procès voulant que les employés n’étaient pas des personnes fictives. Il a invoqué à l’appui la quatrième proposition de Falconbridge qui, rappelons-le, est la suivante :

Si [le preneur] est le nom d’une personne existante à qui [le tireur] destine le paiement, le preneur n’est ni fictif, ni inexistant, quoique [le tireur] ait été amené à rédiger la lettre de change par des manœuvres frauduleuses d’une autre personne qui a fait croire [au tireur] qu’il y a une transaction au regard de laquelle [le preneur] a droit au montant spécifié dans la lettre de change.

[35] Pigeon J. dismissed the bank's argument that the authorized signing officer could not have formed an intention to pay the payees because he signed the cheques mechanically:

Counsel for the appellant maintained that in the case at bar, where the person authorized to sign the cheques did mechanically place his signature on a large quantity of cheques without knowing any of the payees personally, it is not possible to apply the same rule as when a cheque is signed relying on an explicit false declaration, as it was in most of the cases which gave rise to the above-mentioned decisions. I cannot see any valid reason for making such a distinction. On the contrary, in an age when cheques are processed by computer, it is even more necessary to avoid facilitating fraudulent operations. [p. 484]

Though the drawer mechanically placed his signature on a large quantity of cheques, the Court attributed to the drawer an intention to pay the named payee. Or, phrased in terms of the governing legal framework, the bank bears the burden of proving that the drawer participated in the fraud. The drawer need not prove the opposite, i.e. that it formed an intention to pay any signed cheque to the intended payee. In this way, the drawer could be said to benefit from a presumed intent to pay its cheques. But, it is worth emphasizing, it is ultimately the bank who must prove fraudulent intent to rely on the defence in s. 20(5).

[36] In holding the bank liable for the losses, Pigeon J. invoked the following rationale:

By making banks responsible for cheques cashed on a false endorsement, our *Bills of Exchange Act* certainly has the effect of making it more difficult to cash a cheque fraudulently. It is common knowledge that as a result, public agencies and private enterprises rely heavily on the responsibility of those who pay the cheques they issue, to counteract all kinds of fraud and at the same time to protect those for whom the payments are intended. [p. 484]

[37] In dissent, Spence J. would have allowed the appeal. He found that the intent of the dishonest employee should be determinative, rather than that of

[35] Le juge Pigeon a rejeté la prétention de la banque voulant que le signataire autorisé n'ait pu avoir l'intention de payer les preneurs puisqu'il avait signé les chèques mécaniquement :

L'avocat de l'appelante a soutenu que dans une situation comme celle-ci, où la personne autorisée à signer les chèques apposait sa signature mécaniquement à une quantité de chèques sans connaître personnellement aucun des preneurs, il n'y avait pas lieu d'appliquer la même règle que lorsqu'il s'agissait d'un particulier auquel on faisait signer un chèque par une fausse déclaration explicite, comme c'était le cas dans la plupart des affaires qui ont donné naissance à la jurisprudence ci-dessus mentionnée. Je ne puis apercevoir aucun motif valable d'établir une telle distinction. Au contraire, à l'ère des chèques faits par ordinateur, il me semble encore plus désirable de ne pas faciliter l'entreprise des fraudeurs. [p. 484]

Même si le tireur avait apposé mécaniquement sa signature à une grande quantité de chèques, la Cour lui a attribué l'intention de payer le preneur nommé. Pour reprendre la formulation du cadre juridique applicable, la banque a l'obligation de prouver que le tireur a participé à la fraude. Le tireur n'a pas à prouver le contraire, c'est-à-dire qu'il a voulu que le montant des chèques soit versé au preneur nommé. On pourrait donc soutenir que le tireur tire profit de son intention présumée d'honorer les chèques. Mais il importe de rappeler que c'est finalement la banque qui doit prouver l'intention frauduleuse pour se prévaloir du moyen de défense prévu au par. 20(5).

[36] Le juge Pigeon a justifié comme suit l'obligation de la banque de supporter la perte :

En rendant les banques responsables des chèques encaissés sur un endossement faux, notre *Loi sur les lettres de change* tend indubitablement à rendre l'encaissement frauduleux plus difficile. Il est notoire qu'en conséquence les administrations publiques comme les entreprises privées comptent beaucoup sur la responsabilité de ceux qui paient les chèques qu'elles émettent, pour contrecarrer toutes sortes de fraudes en même temps que pour protéger ceux auxquels les paiements sont destinés. [p. 484]

[37] Dissident, le juge Spence aurait accueilli le pourvoi. Il estimait que l'intention de l'employé malhonnête devait être déterminante, non celle de

Concrete Column. He noted that the dishonest employee had “never intended that any of the persons named should receive the amount of the cheque in his name” (p. 487) and that the bank, as a result, was not liable.

[38] Laskin C.J., also in dissent, would have allowed the appeal on the basis that the payees were fictitious. Since “the cheques presented for signature to the signing officer were signed in batches without verification” (p. 481), the signing officer could not have formed an intention to pay the payees. He disagreed with the trial judge’s finding that “some of the payees were known to the drawer as being former employees to whom payment was intended” because this “can only be taken as a *post facto* conclusion arrived at by an examination of the cheques after the forgeries were discovered” (pp. 481-82).

[39] In *Boma*, this Court’s most recent consideration of s. 20(5), the Court clarified the meaning of both “fictitious” and “non-existing”, explained the purpose of the fictitious payee rule and clarified whose intention was relevant when considering the s. 20(5) defence.

[40] The factual background in *Boma* was that a bookkeeper, Donna Alm, who was a duly authorized signing officer for two related companies, Boma Manufacturing Ltd. and Panabo Sales Ltd., arranged for the issuance of 155 fraudulent cheques. She signed 146 of them, and arranged to have Boris Mange, a director and officer of both companies, who was not involved in the fraud, sign 9 of them. A number of the fraudulent cheques were payable to Boris Mange and his wife Ursula, or to existing employees of the companies. Almost all of the remaining 114 cheques were payable to a “J. Lam” or “J. R. Lam”, a name that resembled that of a subcontractor used by the companies, Van Sang Lam. Alm deposited all 155 cheques totalling \$91,289.54 into one of her accounts at Canadian Imperial Bank of Commerce. Many of the cheques were accepted by CIBC for deposit without endorsement, while others bore the forged endorsement of the payee.

Concrete Column. Il a fait remarquer que l’employé malhonnête n’a « jamais eu l’intention de destiner le montant de ces chèques aux personnes à l’ordre de qui ils étaient payables » (p. 487), si bien que la banque n’était pas tenue de supporter la perte.

[38] Également dissident, le juge en chef Laskin aurait accueilli le pourvoi au motif que les preneurs étaient des personnes fictives. Puisque « les chèques présentés au préposé autorisé à les signer [avaient] été signés en paquets sans vérification » (p. 481), le signataire n’avait pas pu avoir l’intention que les preneurs en touchent le montant. Il n’a pas convenu avec le juge du procès que « certains preneurs étaient connus du tireur à titre d’anciens employés à qui les paiements étaient destinés », car cette conclusion « ne peut être considérée que comme une conclusion tirée *post facto* d’un examen des chèques fait après la mise [au] jour des contrefaçons » (p. 481-482).

[39] Dans *Boma*, l’arrêt le plus récent sur l’application du par. 20(5), la Cour a clarifié son interprétation de l’adjectif « fictive » et de l’expression « qui n’existe pas », a circonscrit la raison d’être de la règle du preneur fictif et a précisé l’identité de la partie dont l’intention importe dans l’examen du moyen de défense conféré par le par. 20(5).

[40] Dans cette affaire, une aide-comptable, Donna Alm, signataire autorisée de deux sociétés liées, Boma Manufacturing Ltd. et Panabo Sales Ltd., avait fait émettre 155 chèques frauduleux. Elle en avait signé 146 et fait signer 9 par Boris Mange, dirigeant et administrateur des deux sociétés, étranger à la fraude. Un certain nombre des chèques étaient payables à Boris Mange et à son épouse, prénommée Ursula, ou à des employés des sociétés. La quasi-totalité des 114 autres chèques avaient été établis à l’ordre de « J. Lam » ou « J. R. Lam », ce qui s’apparentait au nom d’un sous-traitant, Van Sang Lam. M<sup>me</sup> Alm avait déposé les 155 chèques totalisant 91 289,54 \$ dans un de ses comptes à la Banque Canadienne Impériale de Commerce. La CIBC avait accepté pour dépôt de nombreux chèques sans endossement et d’autres sur endossement falsifié du preneur.

[41] The two companies sought to recover the \$91,289.54 from CIBC. The bank argued that the payees were fictitious or non-existing pursuant to s. 20(5). This Court found that they were neither. Consequently, the defence did not apply.

[42] Iacobucci J., writing for the majority, cited the four Falconbridge propositions as defining. He noted that the policy rationale underlying s. 20(5) was that “if a drawer has drawn a cheque payable to order, not intending that the payee receive payment, the drawer loses, by his or her conduct, the right to the protections afforded to a bill payable to order” (para. 46).

[43] The question was whose intention was relevant for the purposes of applying the rule: Alm, the dishonest bookkeeper, or Boris Mange, the guiding mind of the drawer companies who knew nothing of the fraudulent scheme?

[44] The Court found that it was the intention of Boris Mange, as drawer, which was significant for the purpose of s. 20(5), not that of the bookkeeper. As Iacobucci J. observed:

To my mind, it is quite evident that it is the intention of the drawer, in the sense of the entity from whose account the cheques will be drawn, that is of relevance. In some cases, it may be that the signatory is effectively also the drawer. But in this case, however, this is not so.

. . .

. . . It is the intention of the drawer that is significant for the purpose of s. 20(5), not the intention of the signatory of the cheque. While a “drawer” is often defined to mean “[t]he person who signs or makes a bill of exchange” (cf. *The Dictionary of Canadian Law* (2nd ed. 1995)), in my view, it is important in the circumstances of this case to distinguish between the signatory and the drawer. The drawer, in this case, is the entity out of whose bank account the cheques were drawn, that is, the appellant companies. Alm was not the drawer, but was simply the signatory. Thus, it is the intention of the

[41] Les deux sociétés avaient réclamé la somme de 91 289,54 \$ à la CIBC, laquelle avait rétorqué que les preneurs étaient des personnes fictives ou qui n'existaient pas au sens du par. 20(5). Selon la Cour, ils n'étaient ni l'un ni l'autre, de sorte que le moyen de défense tombait.

[42] Au nom des juges majoritaires, le juge Iacobucci s'en est remis aux quatre propositions de Falconbridge, qu'il a tenu pour déterminantes. Il a signalé que la politique générale sous-jacente au par. 20(5) était la suivante : « . . . si une personne a tiré un chèque payable à ordre, sans vouloir que le preneur reçoive paiement, elle perd, en raison de sa conduite, le droit aux mesures de protection dont bénéficie une lettre de change payable à ordre » (par. 46).

[43] La question était de savoir quelle était la personne dont l'intention importait pour l'application de la règle : celle de l'aide-comptable malhonnête, M<sup>me</sup> Alm, ou celle de l'âme dirigeante des sociétés qui avait tiré les chèques mais qui ignorait tout du stratagème frauduleux, Boris Mange.

[44] La Cour a statué que c'était l'intention de Boris Mange, en tant que tireur, qui importait pour l'application du par. 20(5), non celle de l'aide-comptable. Le juge Iacobucci s'est exprimé comme suit :

À mon avis, il est fort évident que c'est l'intention du tireur, au sens de l'entité sur le compte de laquelle les chèques sont tirés, qui est pertinente. Dans certains cas, il se peut qu'en réalité le signataire soit aussi le tireur. Cependant, ce n'est pas le cas en l'espèce.

. . .

. . . C'est l'intention du tireur qui est importante pour les fins du par. 20(5) et non celle du signataire du chèque. Bien qu'un « tireur » soit souvent défini comme [TRADUCTION] « [l]a personne qui signe ou émet une lettre de change » (voir *The Dictionary of Canadian Law* (2<sup>e</sup> éd. 1995)), il est, à mon avis, important dans les circonstances de la présente affaire d'établir une distinction entre le signataire et le tireur. En l'espèce, le tireur est l'entité sur le compte bancaire de laquelle les chèques ont été tirés, c'est-à-dire les compagnies appelantes. Alm n'était pas le tireur, mais simplement la signataire.

appellant companies, as the drawer, that must be determined. In my view, it is wrong to conclude that Alm, as an authorized signing officer of the appellants, could somehow be taken as expressing the intention of the appellant drawer. [paras. 55 and 58]

[45] In the absence of a challenge to the validity of the cheques, it must be *presumed* that the drawer intended the payees to receive the proceeds of the cheques:

The validity of the cheques is not challenged; therefore, it must be presumed that the drawer intended the payees to receive the proceeds of the cheques. Clearly, the appellants had no intention of transferring over \$90,000 to Alm, rather than the payees, for no reason and via the circuitous route of third party cheques. [para. 57]

The intention, in other words, is attributed. Again, it is the bank, not the drawer, who bears the burden of proving the drawer's participation in the fraud under the fictitious payee inquiry.

[46] With respect to the cheques written to Boris or Ursula Mange, or to employees of the corporations, that is, to real persons known to the companies (i.e. existing payees), the Court relied on the fourth Falconbridge proposition applied by the Court in *Concrete Column*, and also held that the cheques were not payable to fictitious persons. It could not be demonstrated that the drawer had placed the names there by way of pretence. As the payees were neither fictitious nor non-existing, the cheques were therefore payable to order and the bank was liable in conversion.

[47] With respect to the cheques written to "J. Lam" and "J. R. Lam", individuals who were unknown to the drawer, Iacobucci J. accepted — pursuant to Falconbridge's first proposition — that these payees were technically non-existing, and that the cheques would, as a result, normally be considered payable to bearer.

En conséquence, c'est l'intention des compagnies appelantes, en tant que tireur, qui doit être déterminée. À mon avis, il est erroné de conclure qu'il était possible en quelque sorte de considérer que Alm, en tant que signataire autorisée des appelantes, exprimait l'intention du tireur appellant. [par. 55 et 58]

[45] Lorsque la validité des chèques n'est pas contestée, il faut *présumer* que le tireur a voulu que les preneurs touchent le montant des chèques :

La validité des chèques n'est pas contestée; en conséquence, il faut présumer que le tireur voulait que les preneurs touchent le montant des chèques. De toute évidence, les appelantes n'avaient pas l'intention de transférer plus de 90 000 \$ à Alm plutôt qu'aux preneurs, et ce, sans aucun motif et par le biais de chèques au nom de tierces parties. [par. 57]

En d'autres mots, l'intention est attribuée. Encore une fois, il incombe à la banque, non au tireur, de prouver la participation du tireur à la fraude, suivant l'analyse relative au preneur fictif.

[46] En ce qui a trait aux chèques faits à l'ordre de Boris ou d'Ursula Mange, ou d'employés des sociétés, c'est-à-dire des personnes réelles connues de celles-ci (soit des preneurs qui sont des personnes qui existent), la Cour s'en est remise à la quatrième proposition de Falconbridge appliquée dans *Concrete Column* et elle a par ailleurs statué que les chèques n'étaient pas payables à des personnes fictives. Il ne pouvait être démontré que l'inscription des noms par le tireur n'était qu'un simulacre. Comme les preneurs n'étaient ni des personnes fictives ni des personnes qui n'existent pas, les chèques étaient donc payables à ordre, si bien que la banque était coupable de détournement.

[47] Quant aux chèques faits à l'ordre de « J. Lam » et de « J. R. Lam », des personnes inconnues du tireur, le juge Iacobucci s'est appuyé sur la première proposition de Falconbridge pour reconnaître que ces preneurs étaient des personnes qui n'existent pas à strictement parler, de sorte que les chèques devaient normalement être considérés comme payables au porteur.

[48] But Iacobucci J. concluded that when the name of a payee can reasonably be mistaken for the name of a real person known to the drawer, the payee can be considered under the fourth Falconbridge proposition:

Many of the cheques, however, were made payable not to actual persons associated with the companies, but to “J. Lam” and “J. R. Lam”. The appellants had no dealings with any persons of such names. According to the criteria set out in Falconbridge . . . such a person would be categorized as “non-existing”, and hence, fictitious. But in my view, it seems that Boris Mange was reasonably mistaken in thinking that “J. Lam” or “J. R. Lam” was an individual associated with his companies. Mange knew that one of the subcontractors retained by the companies was a “Mr. Lam”. He did not specifically recall Lam’s first name, which, incidentally, was Van Sang. However, when Mange approved the cheques to “J. Lam” and “J. R. Lam”, he honestly believed that the cheques were being made out for an existing obligation to a real person known to the companies. The trial judge’s comments in this regard were tantamount to a finding of fact, and were not disturbed on appeal; as these are concurrent findings of fact, this Court should not intervene.

Accordingly, the cheques made out to “J. Lam” and “J. R. Lam” also fall within the fourth category, and could not be treated by the CIBC as payable to bearer. Rather, the cheques were payable to order, and in order to be negotiable to the bank, delivery alone was not sufficient. Valid, non-forged endorsements were required. [paras. 60-61]

[49] The Court conducted an objective analysis. Although Mr. Mange only reviewed and signed 6 of the 114 cheques payable to J. Lam or J. R. Lam, since “J. Lam” and “J. R. Lam” closely resembled the name of a subcontractor known to and used by the companies, the Court concluded that an intention to pay should be attributed to all 114 cheques. This led to the conclusion that the payees were neither non-existing nor fictitious. Notably, Mr. Mange’s partial review of the cheques was not material to the legal outcome. Rather, the proximity between the payee’s name (“J. Lam” and “J. R. Lam”) and the name of a true payee (“V. S. Lam”) was dispositive.

[48] Or, le juge Iacobucci a conclu que lorsque le nom du preneur peut raisonnablement être confondu avec celui d’une personne réelle connue du tireur, le preneur peut tomber sous le coup de la quatrième proposition de Falconbridge :

Cependant, de nombreux chèques étaient payables non pas à des personnes existantes ayant des liens avec les compagnies, mais plutôt à « J. Lam » et à « J. R. Lam ». Les appelantes ne faisaient affaire avec personne de ce nom. Selon les critères énoncés dans Falconbridge [. . .], une telle personne serait qualifiée d’« inexistante » et, en conséquence, de personne fictive. Cependant, il me semble que Boris Mange a raisonnablement cru à tort que « J. Lam » ou « J. R. Lam » était une personne ayant des liens avec ses compagnies. Mange savait que les compagnies avaient retenu les services d’un sous-traitant du nom de « M. Lam ». Il ne se rappelait pas précisément du prénom de Lam qui, incidemment, était Van Sang. Cependant, lorsque Mange a approuvé les chèques tirés au nom de « J. Lam » et de « J. R. Lam », il croyait sincèrement qu’ils avaient été tirés relativement à une obligation réelle envers une personne existante connue des compagnies. Les commentaires du juge de première instance à ce sujet équivalaient à une conclusion de fait et n’ont pas été modifiés en appel; comme ce sont des conclusions de fait concordantes, notre Cour ne devrait pas intervenir.

En conséquence, les chèques tirés au nom de « J. Lam » et de « J. R. Lam » tombent également dans la quatrième catégorie, et ne pouvaient pas être considérés par la CIBC comme payables au porteur. Ces chèques étaient payables à ordre et leur livraison n’était pas à elle seule suffisante pour qu’ils soient négociables à la banque. Des endorsements valides et non falsifiés étaient requis. [par. 60-61]

[49] La Cour s’est livrée à une analyse objective. M. Mange n’avait examiné et signé que 6 des 114 chèques payables à J. Lam ou J. R. Lam, mais puisque ces noms s’apparentaient beaucoup à celui d’un sous-traitant connu des sociétés et dont elles retenaient les services, la Cour a conclu que l’intention de payer devait être attribuée pour les 114 chèques, de sorte que les preneurs n’étaient ni des personnes qui n’existent pas ni des personnes fictives. Aussi, l’examen partiel des chèques par M. Mange n’était pas déterminant pour l’issue juridique. C’est plutôt la ressemblance entre le nom du preneur (« J. Lam » et « J. R. Lam ») et celui d’un véritable preneur (« V. S. Lam ») qui l’était.



[50] Iacobucci J. also emphatically rejected the bank’s argument that the drawer’s negligence should be taken into consideration when apportioning liability:

. . . the notion of strict liability involved in an action for conversion is *prima facie* antithetical to the concept of contributory negligence. [para. 32]

In his view, “[i]f the contributory negligence approach is to be introduced into this area of the law, I would leave that innovation to Parliament” (para. 35).

[51] The state of the law as can be seen from this history has treated “fictitious” and “non-existing” as two distinct notions. A payee is fictitious when the drawer does not intend to pay the payee, meaning that the payee’s name is inserted by way of pretence only. The underlying rationale behind the fictitious payee rule is that if the drawer did not intend that the payee receive payment, such as in cases of fraud, the drawer should not be able to recover from the bank:

The policy underlying the fictitious person rule seems to be that if a drawer has drawn a cheque payable to order, not intending that the payee receive payment, the drawer loses, by his or her conduct, the right to the protections afforded to a bill payable to order.

(*Boma*, at para. 46; see also *Fok Cheong*.)

[52] As a result, if the drawer does not intend to pay the payee, the payee will be fictitious, the cheque will be payable to bearer, and the banks will be able to rely on the defence in s. 20(5) (*Fok Cheong*). In this sense, the fictitious payee analysis is subjective. But a specific intention to pay the payee need not be given by the drawer for any cheque (*Concrete Column, Boma*). Intent to pay is presumed or attributed.

[53] This approach is sensitive to commercial realities. Attributing an intention to pay recognizes that, particularly in a large corporation, a specific intention by the guiding mind(s) of the corporation is not directed to each individual cheque. To require such

[50] Le juge Iacobucci a aussi catégoriquement rejeté la prétention de la banque selon laquelle le tribunal devrait tenir compte de la négligence du tireur lorsqu’il répartit la responsabilité :

. . . la notion de responsabilité stricte dont il est question dans une action pour détournement est, à première vue, contraire au concept de négligence contributive. [par. 32]

Il a ajouté : « S’il faut introduire la notion de négligence contributive dans ce domaine du droit, je laisserais au Parlement le soin de procéder à une telle innovation » (par. 35).

[51] Comme en fait foi l’historique qui précède, les notions de personne « fictive » et de personne « qui n’existe pas » sont tenues pour distinctes en droit. Le preneur est une personne fictive lorsque le tireur n’a pas l’intention de le payer, c’est-à-dire que l’inscription de son nom n’est qu’un simulacre. La raison d’être de cette règle est que si le tireur n’a pas voulu que le preneur touche le paiement (p. ex. dans un dessein frauduleux), il ne devrait pas pouvoir recouvrer la somme auprès de la banque :

Le principe sous-jacent à la règle de la personne fictive semble être le suivant : si une personne a tiré un chèque payable à ordre, sans vouloir que le preneur reçoive paiement, elle perd, en raison de sa conduite, le droit aux mesures de protection dont bénéficie une lettre de change payable à ordre.

(*Boma*, par. 46; voir aussi *Fok Cheong*.)

[52] Par conséquent, lorsque le tireur n’entend pas le payer, le preneur est une personne fictive, le chèque est payable au porteur et les banques peuvent invoquer le moyen de défense prévu au par. 20(5) (*Fok Cheong*). L’analyse est alors subjective. Il n’est cependant pas nécessaire que le tireur ait eu l’intention précise de payer le preneur pour tous les chèques (*Concrete Column, Boma*). L’intention de payer est présumée ou attribuée.

[53] Il s’agit d’une approche adaptée aux réalités commerciales. L’attribution de l’intention de payer reconnaît, particulièrement dans le cas d’une grande entreprise, qu’une intention précise de la ou des âmes dirigeantes de la société ne vise pas chacun

an intention would ignore the realities of the cheque-issuing process in many organizations. As Pigeon J. noted in *Concrete Column*:

Counsel for the appellant maintained that in the case at bar, where the person authorized to sign the cheques did mechanically place his signature on a large quantity of cheques without knowing any of the payees personally, it is not possible to apply the same rule as when a cheque is signed relying on an explicit false declaration, as it was in most of the cases which gave rise to the above-mentioned decisions. I cannot see any valid reason for making such a distinction. On the contrary, in an age when cheques are processed by computer, it is even more necessary to avoid facilitating fraudulent operations. [p. 484]

[54] As for non-existing payees, the jurisprudence traditionally determined whether a payee was non-existing from a factual perspective, regardless of an intent to pay. Falconbridge wrote that “[w]hether a named payee is non-existing is a simple question of fact, not depending on anyone’s intention.” In *Fix Fast Ltd. v. Royal Bank of Canada*, Que. Sup. Ct., No. 681,011, May 21, 1970, for example, the trial judgment which was appealed ultimately to this Court in *Concrete Column*, the Superior Court found that payees who lacked an established relationship with the drawer were non-existing. These included payees whose names may have existed only in the imagination of the fraudulent employee, were taken from a phone directory, or were the names of persons the fraudulent employee might have known some way. The Superior Court assessed the notion of non-existing payee based on whether there was a relationship between the payee and the drawer that could possibly give rise to a debt owed to the payee. The Superior Court’s finding with respect to non-existing payees was not under appeal in this Court.

[55] In *Boma*, this Court modified the approach to non-existing payees slightly by finding that the payee was not non-existing in cases where the drawer could reasonably have mistaken the payee

des chèques individuels. Exiger une telle intention ferait fi des réalités du processus d’émission de chèques dans de nombreuses organisations. Comme l’a signalé le juge Pigeon dans *Concrete Column* :

L’avocat de l’appelante a soutenu que dans une situation comme celle-ci, où la personne autorisée à signer les chèques apposait sa signature mécaniquement à une quantité de chèques sans connaître personnellement aucun des preneurs, il n’y avait pas lieu d’appliquer la même règle que lorsqu’il s’agissait d’un particulier auquel on faisait signer un chèque par une fausse déclaration explicite, comme c’était le cas dans la plupart des affaires qui ont donné naissance à la jurisprudence ci-dessus mentionnée. Je ne puis apercevoir aucun motif valable d’établir une telle distinction. Au contraire, à l’ère des chèques faits par ordinateur, il me semble encore plus désirable de ne pas faciliter l’entreprise des fraudeurs. [p. 484]

[54] Quant au preneur inexistant, les tribunaux ont traditionnellement décidé si le preneur existait ou non au regard des faits dont ils étaient saisis, sans se soucier de l’intention du tireur. Falconbridge écrivait que « [l]a question de savoir si un preneur nommé est une personne qui n’existe pas est une simple question de fait qui ne dépend de l’intention de personne ». Par exemple, dans *Fix Fast Ltd. c. Royal Bank of Canada*, C.S. Qc, n° 681,011, 21 mai 1970, le jugement de première instance ensuite porté en appel devant la Cour dans *Concrete Column*, la Cour supérieure a conclu que le preneur qui n’a pas de relation établie avec le tireur est une personne qui n’existe pas. Cela englobait le preneur dont le nom était seulement le fruit de l’imagination de l’employé malhonnête, provenait d’un annuaire téléphonique ou correspondait à celui d’une personne dont l’employé malhonnête avait pu faire connaissance. La Cour supérieure s’est penchée sur la notion de personne qui n’existe pas en se demandant si une relation entre le preneur et le tireur aurait pu faire en sorte qu’une somme soit due au preneur. Sa conclusion sur ce point n’a pas été portée en appel devant la Cour.

[55] Dans *Boma*, la Cour a légèrement modifié l’approche en la matière en concluant que le preneur n’est pas une personne qui n’existe pas lorsque le tireur aurait pu raisonnablement avoir confondu le

for a payee with an established relationship with the drawer. This was an objective assessment.

[56] As a result, according to *Boma*, a payee will be non-existing when the payee lacks an established relationship with the drawer, *unless* the drawer could reasonably have mistaken the payee to be one with such a relationship (*Boma*, at para. 60; *Metroland Printing, Publishing & Distribution Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2001), 14 B.L.R. (3d) 212 (Ont. S.C.J.)).

[57] Therefore, under the non-existing payee rule a cheque payable, for example, to “Snow White”, a payee the drawer could not reasonably have mistaken for a plausible payee, will be considered payable to bearer. A payee may therefore be non-existing without necessarily being fictitious.

[58] That is the current state of the law. Unlike my colleagues, I see no reason to create a new version of the false payee defence whereby a payee would be “fictitious” when there is no real underlying transaction or debt. This overrules this Court’s decision in *Concrete Column*, and its confirmation in *Boma*. It also nullifies Iacobucci J.’s approach to “non-existent” payees in *Boma* and replaces it with an approach whereby a payee reasonably mistaken by the drawer for a payee with an established relationship would be considered fictitious on the basis that any payee who is not factually real cannot have an underlying transaction with the drawer. A payee would therefore only be deemed “non-existent” when the payee does not in fact exist at the time the cheque is drawn. This means that only in rare cases would there be liability for the banks, namely where the converted cheque is drawn to the order of a real person entitled to the proceeds.

[59] This Court’s interpretation of “fictitious” payees as incorporating a subjective standard is deeply rooted in the common law, which s. 20(5) of the *Act* was intended to codify. When enacted in 1882,

preneur avec une personne avec laquelle il avait une relation établie. L’évaluation se veut alors objective.

[56] Suivant le même arrêt, un preneur est donc une personne qui n’existe pas lorsqu’il n’a pas de relation établie avec le tireur, *sauf si* ce dernier pouvait raisonnablement confondre le preneur avec une personne qui avait une telle relation avec lui (*Boma*, par. 60; *Metroland Printing, Publishing & Distribution Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2001), 14 B.L.R. (3d) 212 (C.S.J. Ont.)).

[57] Ainsi, selon la règle du preneur inexistant, le chèque payable par exemple à « Blanche-Neige », un preneur que le tireur ne pouvait raisonnablement confondre avec un preneur vraisemblable, sera considéré comme payable au porteur. Un preneur peut donc être une personne qui n’existe pas sans pour autant être une personne fictive.

[58] Voilà quel est l’état actuel du droit. Contrairement à mes collègues, je ne vois pas de raison de créer une nouvelle version de la défense du faux preneur. Selon leur thèse, le preneur serait une « personne fictive » lorsqu’il n’existe aucune véritable opération ou somme due sous-jacente, ce qui infirmerait la décision de la Cour dans *Concrete Column* et sa confirmation dans *Boma*. Serait aussi écartée l’interprétation de l’expression « [personne] qui n’existe pas » par le juge Iacobucci dans *Boma* au bénéfice d’une approche selon laquelle le preneur que le tireur aurait raisonnablement confondu avec un preneur ayant avec lui une relation établie serait considéré comme une personne fictive pour le motif qu’un preneur qui n’a aucune réalité dans les faits ne pourrait avoir effectué d’opération sous-jacente avec le tireur. Le preneur ne serait donc réputé être une personne « qui n’existe pas » que lorsqu’il n’existe pas dans les faits au moment où le chèque est tiré. Les banques se verraient tenues de supporter la perte que dans les rares cas où le chèque converti en espèces aurait été tiré à l’ordre d’une personne réelle ayant droit à la somme.

[59] L’opinion de la Cour selon laquelle l’interprétation de l’adjectif « fictive » appelle l’application d’une norme subjective est profondément ancrée dans la common law, le par. 20(5) de la *Loi*

the U.K. *Bills of Exchange Act* bore the title “*An Act to codify the law relating to Bills of Exchange, Cheques, and Promissory Notes*” and its drafter reported that his aim in drafting the language of s. 7(3) “was to reproduce as exactly as possible the existing law, whether it seemed good, bad, or indifferent in its effects” (B. Crawford, Q.C., *The Law of Banking and Payment in Canada* (loose-leaf), vol. 3, at p. 21-30.3, citing M. D. Chalmers, *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes & Cheques* (3rd ed. 1887), at p. xxxvi). In fact, an earlier draft of the legislation expressly required the drawer’s knowledge of the fraud:

When the payee is a fictitious or non-existing person, no person shall be capable of making title to, or enforcing payment of the instrument, provided that, when a *bill has knowingly been drawn payable to a fictitious or non-existing person* and purports to bear his endorsement, it shall be valid for all purposes in the hands of a holder in due course, and a holder with notice may enforce it against the drawer or any endorser thereof, or against the acceptor if, when he accepted, he was aware of the facts. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

(Crawford, at p. 22-35, quoting M. D. Chalmers, “*Vagliano’s Case*” (1891), 7 *L.Q.R.* 216, at p. 220.)

[60] A broadly worded provision was ultimately preferred in committee to ensure that s. 7(3), as enacted, would reflect the state of the common law (J. D. Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (6th ed. 1956), at pp. 462-63; Chalmers (1891), at pp. 220-21). To guarantee the continuity of the common law, s. 97(2) of the U.K. *Bills of Exchanges Act* provided that “[t]he rules of common law including the law merchant, save in so far as they are inconsistent with the express provisions of this Act, shall continue to apply to bills of exchange, promissory notes, and cheques.”

[61] By including s. 9 of the *Act*, which reproduced the exact wording of s. 97(2), Parliament ensured that the rules of common law were also maintained

étant censé avoir codifié cette dernière. Lors de son adoption au Royaume-Uni en 1882, la *Bills of Exchange Act* avait pour intitulé « *An Act to codify the law relating to Bills of Exchange, Cheques, and Promissory Notes* ». Selon le rédacteur du texte législatif, le par. 7(3) [TRADUCTION] « visait à reproduire le plus exactement possible le droit existant, que l’application de celui-ci soit jugée bonne ou mauvaise ou qu’elle laisse indifférent » (B. Crawford, c.r., *The Law of Banking and Payment in Canada* (feuilles mobiles), vol. 3, p. 21-30.3, citant M. D. Chalmers, *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes & Cheques* (3<sup>e</sup> éd. 1887), p. xxxvi). En fait, une ébauche préalable de la loi exigeait expressément que le tireur ait eu connaissance de la fraude :

[TRADUCTION] Lorsque le preneur est une personne fictive ou qui n’existe pas, nul ne peut revendiquer la propriété de l’effet ou en obtenir le paiement. Toutefois, lorsqu’une *lettre de change a été sciemment faite payable à une personne fictive ou qui n’existe pas* et qu’elle est censée porter l’endossement d’une telle personne, elle sera valide à tous égards entre les mains d’un détenteur régulier, et un détenteur informé peut en obtenir le paiement auprès du tireur ou de tout endosseur, ou de l’accepteur si, au moment où il l’a acceptée, il connaissait les faits. [Je souligne; italique dans l’original omis.]

(Crawford, p. 22-35, citant M. D. Chalmers, « *Vagliano’s Case* » (1891), 7 *L.Q.R.* 216, p. 220.)

[60] L’adoption d’une disposition de portée générale a finalement été privilégiée en comité de façon que, dans sa version promulguée, le par. 7(3) correspond à l’état de la common law (J. D. Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (6<sup>e</sup> éd. 1956), p. 462-463; Chalmers (1891), p. 220-221). Pour assurer la continuité de la common law, le par. 97(2) de la *Bills of Exchanges Act* (R.-U.) prévoyait que [TRADUCTION] « [l]es règles de common law, y compris celles du droit commercial, demeurent applicables aux lettres de change, aux billets à ordre et aux chèques, sauf incompatibilité avec les dispositions expresses de la présente loi. »

[61] Grâce à l’art. 9 de la *Loi*, qui reproduisait en tous points le libellé du par. 97(2), le législateur a également assuré, « [sauf in]compatibilité avec les

in Canada “save in so far as they are inconsistent with the express provisions of this Act”. It follows that in enacting s. 20(5), Parliament intended to codify the common law false payee defence, including subjective considerations. It equally follows that my colleagues’ purely objective inquiry can only be justified if the *express* language in s. 20(5) ousted those subjective considerations. No such ousting language exists, nor do my colleagues offer an interpretive analysis based on the language of the provision (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 537-41 and 543-44).

[62] The concerns behind the enactment of s. 20(5) of the *Act*, and s. 7(3) in the United Kingdom, arose in the context of estoppel, of which knowledge is an essential component. A drawer who knowingly drew a cheque to a fictitious or non-existent payee was estopped from denying that the cheque was payable to its bearer. The same result is reached in conversion today: where a drawer does not intend that a cheque carry commercial validity, the bank does not act without the drawer’s authority where it pays the cheque to bearer rather than to order. In either case, it was never the drawer’s intention for the named payee to receive the proceeds of the cheque in the first place. Paying proceeds to bearer cannot, therefore, be inconsistent with the authority given to the bank.

[63] The case of *Vagliano*, on which my colleagues rely so heavily, offers no basis for concluding that the common law was changed by s. 20(5). It bears repeating that *Vagliano* survived for less than 20 years before it was categorically rejected by the House of Lords in 1908. It is difficult to see any basis for resuscitating it now.

[64] Moreover, and contrary to my colleagues’ assertion, Dean Falconbridge’s fourth proposition was not intended to accord with the facts and outcome in *Vagliano*. His original articulation of the four propositions came in the wake of the House of Lords’ decision in *Macbeth*, which reintroduced the requirement of knowledge in s. 7(3). As previously noted, the fourth proposition addresses the situation

dispositions expresses de la présente loi », la pérennité des règles de common law au Canada. Ainsi, par l’adoption du par. 20(5), le législateur a voulu codifier la défense du faux preneur de la common law, y compris l’analyse subjective qu’elle commandait en partie. Il s’ensuit en outre que l’analyse purement objective de mes collègues ne peut être justifiée que si le libellé *exprès* du par. 20(5) exclut toute approche subjective. Pareil libellé n’existe pas, et mes collègues n’offrent pas d’analyse interprétative fondée sur le libellé de la disposition (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 537-541 et 543-544).

[62] La préclusion, pour laquelle la connaissance constitue un élément essentiel, est à l’origine de l’adoption du par. 20(5) de la *Loi*, ainsi que du par. 7(3) de la loi du Royaume-Uni. Le tireur qui fait sciemment un chèque à un preneur fictif ou inexistant est préclus de nier que le chèque est payable à son porteur. On arrive aujourd’hui au même résultat en appliquant les principes du détournement : lorsqu’un tireur n’a pas voulu que le chèque soit valide sur le plan commercial, la banque n’agit pas contrairement à l’ordre du tireur lorsqu’elle paie le montant au porteur plutôt qu’à ordre. Dans les deux cas, le tireur n’a jamais voulu au départ que le preneur nommé touche le montant du chèque. En conséquence, le paiement de la somme au preneur ne saurait aller à l’encontre de l’ordre donné à la banque.

[63] L’arrêt *Vagliano* auquel s’en remettent si volontiers mes collègues pour étayer leur thèse ne permet pas de conclure que le par. 20(5) a modifié la common law. Il convient de rappeler que moins de 20 ans se sont écoulés avant que l’arrêt ne soit écarté catégoriquement par la Chambre des lords en 1908. Je ne vois aucune raison de le ressusciter aujourd’hui.

[64] De plus, et contrairement aux affirmations de mes collègues, la quatrième proposition du doyen Falconbridge ne se voulait pas en accord avec les faits et l’issue dans *Vagliano*. Les quatre propositions ont initialement été formulées dans la foulée de l’arrêt *Macbeth* de la Chambre des lords, qui ramenait l’exigence de connaissance pour l’application du par. 7(3). Rappelons que la quatrième

whereby if the payee is a real person intended by the drawer to receive payment, the payee is neither fictitious nor non-existing, regardless of whether the drawer was induced by fraud to draw the cheque. These were the circumstances in *Macbeth* where the plaintiff was induced by the fraud of Mr. White to draw a cheque in favour of one T. A. Kerr, an existing person, whom the plaintiff had intended would receive the proceeds.

[65] Given this history, and before this Court jettisons a whole line of jurisprudence only to return to an older jurisprudence that has been consistently rejected since 1905, great care should be taken. This is not an argument for jurisprudential stagnation, but for a recognition that the public relies on our disciplined ability to respect precedent. There is no doubt that our jurisprudence on s. 20(5) has its critics. But as the Court noted in *Canada v. Craig*, [2012] 2 S.C.R. 489, to overrule its own decisions “the Court must be satisfied based on compelling reasons that the precedent was wrongly decided and should be overruled” (para. 25). All this to ensure certainty, consistency and institutional legitimacy (para. 27). I do not share the view that such “compelling reasons” exist in this case.

[66] Nor is the fact that there are dissenting opinions, on its own, a basis for overruling a precedent. Dissenting opinions are a useful way to see a different way of approaching the case, but they are the views that a majority rejected. Again, unless compelling reasons emerge to vitalize their validity and cogently demonstrate the wrongness of the majority’s view, that view continues to prevail.

[67] *Boma* and *Concrete Column* have together served the commercial world for 40 years without serious complaint from that world. There is no evidence that the jurisprudence on fictitious and non-existing payees reflects unsound public policy on the allocation of risk. Banks are well-situated to handle the losses arising from fraudulent cheques,

proposition vise le cas où le preneur n’est ni une personne fictive ni une personne qui n’existe pas parce qu’il s’agit d’une personne réelle à qui le tireur a voulu que la somme soit versée, peu importe que le tireur ait été amené frauduleusement à tirer le chèque. Telle était la situation dans *Macbeth*, où le demandeur avait été amené frauduleusement par M. White à tirer un chèque payable à T. A. Kerr, une personne qui existait, à qui il avait voulu que le montant du chèque soit versé.

[65] Au vu de cette évolution, une grande prudence s’impose avant de rompre avec un pan entier de la jurisprudence à seule fin de revenir à une décision encore plus ancienne qui a été invariablement rejetée depuis 1905. Les présents motifs ne prônent pas l’immobilisme jurisprudentiel, mais reconnaissent plutôt que le public s’attend à ce que nous respections scrupuleusement nos précédents. Nos décisions relatives à l’application du par. 20(5) ont certes fait l’objet de critiques. Mais comme le relevait la Cour dans *Canada c. Craig*, [2012] 2 R.C.S. 489, pour qu’elle puisse écarter ses propres décisions, « [i]l lui faut [. . .] être convaincue, pour des raisons impérieuses, que la décision est erronée et qu’elle devrait être écartée » (par. 25), et ce, afin d’assurer la certitude, la cohérence et la légitimité institutionnelle (par. 27). Je ne crois pas qu’il y ait de telles « raisons impérieuses » en l’espèce.

[66] L’existence d’opinions dissidentes ne saurait non plus justifier à elle seule la mise à l’écart d’un précédent. Une opinion dissidente offre un point de vue différent dans une affaire, mais il s’agit d’un point de vue rejeté par les juges majoritaires. Encore une fois, à moins que des raisons impérieuses ne militent en faveur de l’opinion dissidente et ne démontrent de façon convaincante que l’opinion majoritaire est erronée, cette dernière continue de prévaloir.

[67] *Boma* et *Concrete Column* ont tous deux servi le milieu des affaires pendant 40 ans sans susciter de doléances majeures. Rien ne prouve que la jurisprudence relative au caractère fictif ou inexistant du preneur reflète une politique publique malavisée sur l’imputation du risque. Les banques sont bien placées pour gérer les pertes infligées par un chèque

allowing those losses to be distributed among users, rather than by potentially bankrupting individuals or small businesses which are the victims of fraud. As Bray J. observed in the early case of *Kepitigalla Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India, Ltd.*, [1909] 2 K.B. 1010, at p. 1026, “[t]o the individual customer the loss would often be very serious; to the banker it is negligible.”

[68] The Court in *Boma* weighed these policies and concluded, as did the Court in *Concrete Column*, that the *Act* should be interpreted in such a way that drawers and banks are exposed to the risks created by the fraudulent use of the system, but as noted by Iacobucci J., the banks are the more significant beneficiaries of the bills of exchange system. It is therefore appropriate, in certain circumstances, for them to bear risks and losses associated with that system:

To some, the allocation of risk in the bills of exchange system may seem arbitrary, but in my view a necessary and coherent rationale sustains this allocation. With respect to forged endorsements, for example, no party in particular is in any better position to detect the fraud than any other. It is a risk that all parties must bear, including collecting banks. It is a price that must be paid if one wishes to enjoy the significant benefits of the bills of exchange scheme, not the least of which is, from the bank’s perspective, the facilitation of huge numbers of financial dealings conducted rapidly, and without overwhelming transaction costs. While the banks are accorded the important advantage of holder in due course status in many situations, it would not be appropriate . . . to exempt any party, including collecting banks, from all exposure to the risk and consequence of fraud. [para. 80]

[69] Moreover, and significantly, to allocate losses to the drawer for having failed to identify and detect the fraud is inconsistent with strict liability. Conversion is a strict liability tort. This makes any negligence on the part of the drawer or the banks in preventing the fraud irrelevant. The question therefore is which of two innocent parties should bear the loss occasioned by fraud and not, as my colleagues suggest, who is more at fault?

frauduleux, car elles peuvent les répartir entre les utilisateurs au lieu d’exposer à la faillite les particuliers ou les petites entreprises victimes de la fraude. Comme l’a observé le juge Bray dans *Kepitigalla Rubber Estates, Ltd. c. National Bank of India, Ltd.*, [1909] 2 K.B. 1010, p. 1026, [TRADUCTION] « [p]our le client individuel, la perte serait souvent considérable; pour le banquier, elle est négligeable. »

[68] Dans *Boma*, la Cour a soupesé ces considérations de principe et a conclu, comme dans *Concrete Column*, que la *Loi* doit être interprétée de sorte que les tireurs et les banques soient exposés aux risques de l’utilisation frauduleuse du système. Or, le juge Iacobucci a signalé que les banques sont celles qui bénéficient le plus du régime des lettres de change, de sorte qu’il convient, dans certains cas, qu’elles prennent à leur charge les risques et les pertes qui s’y rattachent :

Pour certains, la répartition du risque à l’intérieur du régime des lettres de change peut sembler arbitraire; cependant, j’estime que cette répartition a une raison d’être logique et nécessaire. Par exemple, en ce qui concerne les endossements falsifiés, une partie n’est jamais mieux placée qu’une autre pour déceler la fraude. C’est un risque qui doit être assumé par toutes les parties, y compris les banques d’encaissement. C’est le prix à payer si l’on désire bénéficier des avantages considérables qu’offre le régime des lettres de change, dont n’est pas le moindre celui, du point de vue des banques, de faciliter l’exécution rapide d’une multitude d’opérations financières, sans frais exorbitants. Même si, dans bien des cas, les banques ont l’avantage important de posséder le statut de détenteur régulier, il ne conviendrait pas de mettre toute partie, y compris les banques d’encaissement, à l’abri du risque et des conséquences de la fraude. [par. 80]

[69] De plus, attribuer la perte au tireur parce qu’il a omis de déceler la fraude est surtout inconciliable avec la responsabilité stricte. Le détournement est un délit de responsabilité stricte, si bien que toute négligence du tireur ou des banques dans la prévention de la fraude est sans importance. La question est dès lors de savoir laquelle des deux parties innocentes devrait supporter la perte découlant de la fraude et non, comme le laissent entendre mes collègues, laquelle est la plus fautive.

[70] It is true that the dissent in *Boma* preferred a different approach, one that warned that “allocating the loss to the accepting bank would create a situation where the bank would be required to verify the validity of every single cheque it receives involving a corporate drawer” (para. 97). From this, and without any evidentiary support, my colleagues conclude that the current system is too burdensome on the banks and assert that, as a result, losses resulting from fraud ought to be reallocated to the drawer exclusively. Revisiting the same policy arguments advanced, weighed and ultimately rejected by the Court in prior cases does not, by itself, warrant judicial reconsideration of this Court’s decisions (see e.g. *Boma* majority, at para. 80; *Boma* dissent, at paras. 95-97).

[71] Negotiability is only one factor animating our bills of exchange system. The assertion that cheques would be rendered less easily negotiable because of this Court’s interpretation of s. 20(5) is theoretical. Subjective factors have now been part of the law for decades in Canada and there is no suggestion that banks have not processed, or have had difficulty processing, cheques throughout that period. If Parliament has concerns about the way this Court has balanced these complex policies, it is of course open to it to change the *Act*.

#### Application

[72] Since McConachie was not lawfully entitled to the cheques, the banks are *prima facie* liable for conversion, as the Court of Appeal observed. This is because they dealt with the cheques “under the direction of one not authorized”, and then made “the proceeds available to someone other than the person rightfully entitled to possession” (*Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange* (8th ed. 1986), by B. Crawford, vol. 2, at p. 1386).

[73] The issue then is whether the banks can rely on s. 20(5). This, in turn, depends on whether the

[70] Certes, dans *Boma*, les juges dissidents ont privilégié une approche différente et ont prévenu que « faire assumer la perte par la banque-accepteur engendrerait une situation où cette dernière serait tenue de vérifier la validité de chaque chèque tiré par une personne morale qui lui serait présenté » (par. 97). À partir de cet élément, et sans aucune preuve à l’appui, mes collègues concluent que le régime actuel est trop lourd pour les banques et soutiennent que la perte infligée par la fraude ne devrait donc désormais être imputée qu’au tireur. Réinterpréter les arguments de principe soulevés, soupesés puis finalement rejetés par la Cour dans le passé ne saurait justifier en soi le réexamen judiciaire des décisions de la Cour (voir p. ex. *Boma*, motifs des juges majoritaires, par. 80; motifs des juges dissidents, par. 95-97).

[71] La négociabilité n’est qu’un des principes qui sous-tendent le régime des lettres de change. Affirmer que l’interprétation actuelle du par. 20(5) par la Cour rend les chèques moins facilement négociables relève de l’abstraction. Les considérations subjectives font partie du droit canadien depuis des décennies et rien n’indique que les banques n’ont pas traité de chèques au cours de cette période ou qu’elles ont éprouvé des difficultés à le faire. Il est évidemment loisible au législateur de modifier la *Loi* s’il est en désaccord avec la manière dont la Cour a mis en balance les différentes considérations de principe en jeu.

#### Application

[72] Comme le fait observer la Cour d’appel, puisque M. McConachie n’avait pas légalement droit aux chèques, les banques sont à première vue coupables de détournement. Il en est ainsi parce qu’elles ont traité les chèques [TRADUCTION] « sur l’ordre d’une personne non autorisée », puis en ont remis « le montant à une personne autre que celle qui y a[vait] légitimement droit » (*Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange* (8<sup>e</sup> éd. 1986), par B. Crawford, vol. 2, p. 1386).

[73] La question se pose alors de savoir si les banques peuvent invoquer le par. 20(5), et la réponse



six payees named on the cheques are fictitious or non-existing.

[74] In this case, Teva was not complicit in the fraud. Though only four of the names used were those of existing customers, the other two names used were very similar to names of Teva's real customers. The motions judge found that there was "a rational basis for concluding that cheques were apparently made payable to existing clients", and that "the payees could plausibly be understood to be real entities and customers of the plaintiff".

[75] As a result, the payees were not fictitious or non-existing.

[76] I would therefore allow the appeal with costs and restore the decision of Whitaker J.

The reasons of McLachlin C.J. and Wagner, Côté and Rowe JJ. were delivered by

[77] CÔTÉ AND ROWE JJ. (dissenting) — Two innocent parties. Each asks that the other bear the loss occasioned by a fraudster. Resolution of this appeal requires us to interpret the statutory defence to the tort of conversion found in s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1985, c. B-4 ("BEA"):

Where the payee is a fictitious or non-existing person, the bill may be treated as payable to bearer.

[78] A bank will be liable to an account holder in conversion if it deals with a cheque "under the direction of one not authorized, by collecting it and making the proceeds available to someone other than the person rightfully entitled to possession" (*Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727, at para. 83). This would be the case, for example, where a cheque is

dépend de ce que les six preneurs nommés sur les chèques sont ou non des personnes fictives ou qui n'existent pas.

[74] En l'espèce, Teva n'a pas été complice de la fraude. Même si seulement quatre des noms utilisés étaient ceux de clients existants, les deux autres s'apparentaient beaucoup aux noms de clients réels de Teva. Le juge des requêtes estime qu'[TRADUCTION] « un fondement rationnel [permettait de] conclure que les chèques étaient selon toute apparence payables à des clients existants », et qu'« il était vraisemblable que les preneurs soient des entités réelles et des clients véritables de la demanderesse ».

[75] Par conséquent, les preneurs ne sont donc ni des personnes fictives ni des personnes qui n'existent pas.

[76] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir la décision du juge Whitaker.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Wagner, Côté et Rowe rendus par

[77] LES JUGES CÔTÉ ET ROWE (dissidents)— Nous sommes en présence de deux parties innocentes. Chacune demande que l'autre assume la perte infligée par une fraude. La résolution du présent pourvoi exige que nous interprétions le moyen de défense opposable à une action pour détournement prévu au par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, c. B-4 (« LLC »), qui dispose :

La lettre dont le preneur est une personne fictive ou qui n'existe pas peut être considérée comme payable au porteur.

[78] Une banque sera tenue responsable de détournement vis-à-vis d'un titulaire de compte si elle traite un chèque « sur l'ordre d'une personne non autorisée, en l'encaissant et en remettant le montant à une personne autre que celle qui y a légitimement droit » (*Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727, par. 83). Tel serait par exemple le cas

drawn to the order of a real person entitled to the proceeds and the bank makes those proceeds available to some other person. Conversely, a bank will not be liable in conversion if it pays out on a cheque payable to bearer. A cheque may be treated as such if the payee is fictitious or non-existing, pursuant to s. 20(5) of the *BEA*.

[79] This appeal turns on the meaning this Court gives to the terms “fictitious” and “non-existing”. Our colleague Justice Abella adopts a subjective approach to the interpretation of these two terms: a payee will be fictitious if the drawer did not *intend* to make the payment to the payee, and will be non-existing if the payee is neither a legitimate payee of the drawer, nor one that the drawer *reasonably but mistakenly believes* is a legitimate payee. In our view, the focus placed on subjective intentions and the existence of reasonable beliefs in the mind of the drawer brings uncertainty to Canada’s negotiable instruments and payment system.

[80] We therefore propose a simplified, objective approach to the interpretation of s. 20(5). Under our approach, a payee will be deemed “non-existing” where the payee does not in fact exist at the time the instrument is drawn. A payee will be “fictitious” where there is no real underlying transaction or debt — that is, where the payee is not entitled to the proceeds of the cheque.

[81] As we will explain, this objective approach has strong roots in the jurisprudence. An objective approach to “non-existing”, consistent with *Clutton v. Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90 (H.L.), was taken consistently in Canada until *Boma*. An objective approach to “fictitious” is consistent with the principles that emerged from the House of Lords’ decision in *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107.

lorsqu’un chèque est tiré à l’ordre d’une personne réelle qui a légitimement droit à la somme indiquée, mais que la banque verse la somme à une autre personne. En revanche, la banque qui honore un chèque payable au porteur ne sera pas tenue responsable de détournement. Suivant le par. 20(5) de la *LLC*, un chèque peut être ainsi considéré lorsque le preneur est une personne fictive ou qui n’existe pas.

[79] L’issue du pourvoi repose sur le sens que la Cour attribue aux mots « fictive » et « qui n’existe pas ». Notre collègue la juge Abella adopte à cet égard une approche subjective. Selon elle, le preneur est une personne fictive lorsque le tireur n’a pas *voulu* lui faire un paiement; le preneur est une personne qui n’existe pas lorsqu’il n’est ni un preneur légitime vis-à-vis du tireur, ni une personne que ce dernier *croit raisonnablement mais à tort* être un preneur légitime. À notre avis, s’attacher à l’intention subjective et à l’existence d’une croyance raisonnable chez le tireur constitue une source d’incertitude pour les titres négociables et le système de paiements canadien.

[80] Nous préconisons donc une approche simplifiée et objective pour interpréter le par. 20(5). Suivant notre approche, le preneur sera réputé être une personne « qui n’existe pas » lorsqu’il n’existe pas dans les faits au moment où l’effet de commerce est tiré. Le preneur sera considéré comme une personne « fictive » lorsqu’il n’y a pas de véritable opération ou dette sous-jacente, c’est-à-dire lorsque le preneur n’a pas droit au montant du chèque.

[81] Comme nous l’expliquons plus loin, cette approche objective trouve indéniablement appui dans la jurisprudence. Jusqu’à l’arrêt *Boma*, les tribunaux canadiens adhéraient systématiquement à cette interprétation objective de l’expression « qui n’existe pas », dans la foulée de l’arrêt *Clutton c. Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90 (H.L.). Une approche objective quant à l’interprétation du qualificatif « fictive » est conforme aux principes dégagés par la Chambre des lords dans l’arrêt *Bank of England c. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107.

[82] Adopting our objective approach aligns with the purpose of the bills of exchange system by supporting negotiability, certainty, and finality of payment. Policy considerations also buttress our approach since it fairly and effectively allocates risk and simplifies the s. 20(5) analysis.

[83] We recognize, however, that returning to an objective test for “non-existing” would require overturning this Court’s decision in *Boma*, and that returning to an objective test for “fictitious” would require overruling this Court’s decision in *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 456. Overturning precedent is not a step that this Court should undertake lightly (*Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at para. 24). Yet, as we will explain, we are of the view that such a step is warranted in the present case.

### I. Facts

[84] We agree with our colleague’s exposition of the facts, set out at paras. 9-12 of her reasons. We add only the following. First, two of the payees named on the cheques requisitioned by McConachie, PCE Pharmacare and Pharma Team System, were entities that did not in fact exist. Second, the four other payees, Pharmachoice, London Drugs, Pharma Ed. Advantage Inc. and Medical Pharmacies Group, did in fact exist: they were or had been customers or providers of Teva. However, none of the cheques requisitioned by McConachie to the order of these payees was for a legitimate debt owed by Teva.

### II. Analysis

#### A. *Proposed Approach to Section 20(5)*

[85] The first step in determining whether an instrument ought to be considered as payable to bearer under s. 20(5) of the *BEA* involves determining whether the payee is a non-existing person. Under our objective approach, a payee will be non-existing

[82] Notre approche objective est en adéquation avec la raison d’être du régime des lettres de change en ce qu’elle promet la négociabilité, la certitude et l’irrévocabilité des paiements. Des considérations de principe l’étayent également, car cette approche répartit le risque de manière juste et efficace et simplifie l’analyse que commande le par. 20(5).

[83] Nous reconnaissons toutefois que le retour à un test objectif pour interpréter l’expression « qui n’existe pas » et le qualificatif « fictive » requiert forcément d’infirmier, dans le premier cas, l’arrêt *Boma* et, dans le second, l’arrêt *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 456. Infirmer un précédent n’est pas une mesure que notre Cour devrait prendre à la légère (*Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 24). Néanmoins, comme nous l’expliquons plus loin, nous sommes d’avis qu’elle est justifiée en l’espèce.

### I. Les faits

[84] Nous souscrivons à l’exposé des faits de notre collègue aux par. 9-12 de ses motifs. Nous n’ajoutons que ce qui suit. En premier lieu, deux des preneurs des chèques demandés par M. McConachie, à savoir PCE Pharmacare et Pharma Team System, étaient des entités qui n’existaient pas dans les faits. En second lieu, les quatre autres preneurs — Pharmachoice, London Drugs, Pharma Ed. Advantage Inc. et Medical Pharmacies Group — existaient bel et bien : ils étaient ou avaient été clients ou fournisseurs de Teva. Toutefois, aucun des chèques faits payables à ces preneurs à la demande de M. McConachie ne correspondait véritablement à une somme due par Teva.

### II. Analyse

#### A. *Approche préconisée pour l’application du par. 20(5)*

[85] Pour décider si un effet de commerce doit être considéré comme payable au porteur au sens du par. 20(5) de la *LLC*, il faut d’abord se demander si le preneur est une personne qui n’existe pas. Suivant notre approche objective, le preneur est

where the payee does not in fact exist at the time the instrument is drawn (see B. Crawford, *The Law of Banking and Payment in Canada* (loose-leaf), vol. 3, at pp. 22-31 and 22-32). The non-existence of the payee obviously makes endorsement by this person impossible. Thus, such a cheque may be treated as payable to the bearer, providing the banks with a defence to the tort of conversion.

[86] If the payee is an existing person, then a second inquiry is required: Is the payee fictitious? As we will explain, this step has a troubled history in Canadian case law, but we are of the view that it can be rehabilitated as an appropriate allocator of risk and efficient arbiter of disputes. In our view, a payee will be fictitious where there is no real transaction between the drawer and the payee. By definition, or necessary implication, a payee who is non-existing is also fictitious (given that there can be no real transaction with a person that does not exist). But a payee who is a real person can nevertheless be fictitious. This is the case where the payee, despite being a real person, is not entitled to the proceeds of the cheque because there is no underlying transaction with the drawer.

[87] For some time, an objective test to non-existence was applied by Canadian courts, following *Clutton*. Dean Falconbridge similarly stated that non-existence was a “simple question of fact, not depending on anyone’s intention” (J. D. Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (6th ed. 1956), at pp. 468-69). However, the majority’s decision in *Boma* changed this. Under the modification introduced by Justice Iacobucci, if a payee is factually non-existent, but the drawer plausibly thought the payee was real, then the payee is not considered to be non-existent (*Boma*, at para. 60). This subjective approach, which imports considerations of the

une personne qui n’existe pas lorsqu’il n’existe pas dans les faits au moment où est tiré l’effet de commerce (voir B. Crawford, *The Law of Banking and Payment in Canada* (feuilles mobiles), vol. 3, p. 22-31 et 22-32). L’inexistence du preneur rend de toute évidence impossible l’endossement de l’effet de commerce par cette personne. Le chèque peut donc être considéré comme payable au porteur, ce qui permet à la banque d’opposer un moyen de défense lorsqu’elle est poursuivie pour détournement.

[86] Lorsque le preneur est une personne qui existe, la seconde question à se poser est la suivante : le preneur est-il une personne fictive? Comme nous l’expliquons plus loin, l’évolution de la jurisprudence canadienne se révèle tumultueuse sur ce point, mais nous estimons que cette étape pourrait reprendre du service afin de permettre une bonne répartition du risque et le règlement efficace des litiges. À notre avis, le preneur est une personne fictive lorsqu’aucune opération véritable n’intervient entre le tireur et lui. Par définition, ou par implication nécessaire, un preneur qui est une personne qui n’existe pas est aussi nécessairement une personne fictive (puisque’il ne peut y avoir aucune opération véritable avec une personne qui n’existe pas). Par contre, le preneur qui est une personne qui existe peut néanmoins être une personne fictive. C’est le cas lorsque, même s’il est une personne qui existe, le preneur n’a pas droit au montant du chèque vu l’absence d’opération sous-jacente intervenue avec le tireur.

[87] Les tribunaux canadiens ont pendant un certain temps suivi l’arrêt *Clutton* et appliqué un test objectif pour décider de l’existence ou de l’inexistence d’un preneur. Dans le même sens, le doyen Falconbridge a indiqué qu’il s’agit d’[TRADUCTION] « une simple question de fait, qui ne tient à l’intention de personne » (J. D. Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (6<sup>e</sup> éd. 1956), p. 468-469). Toutefois, dans l’arrêt *Boma*, les juges majoritaires de la Cour ont modifié l’état du droit. Suivant les modifications apportées par le juge Iacobucci, lorsque, dans les faits, le preneur n’existe pas, mais qu’il était plausible pour le tireur que le preneur

drawer's belief, is affirmed by our colleague in her reasons.

[88] The effect of our approach to “fictitiousness” is that the *Boma* subjective approach to “non-existing” will be moot. This is so because any payee who is not factually real, but was plausibly thought to be real by the drawer, could not in fact have had an underlying transaction with the drawer. Thus, the bank will have a s. 20(5) defence under our objective approach to “fictitious”.

[89] Our approach to “non-existent” and “fictitious” does away with all considerations of intent. Where a cheque is drawn to the order of a person who does not in fact exist, or to the order of a person who exists but who is not entitled to the proceeds of the cheque, s. 20(5) will apply, regardless of the intent of the parties involved in the creation of the cheque. It does not matter that such a situation is the result of a deliberate choice, of an innocent mistake by the drawer, or, as is the case here, of fraud committed on the drawer.

[90] Our approach to s. 20(5) is not novel. Rather, it returns Canadian jurisprudence to the principles underlying the earliest interpretation of s. 20(5). A careful examination of the case law reveals substantial support for our objective approach to both “non-existing” and “fictitious”, and brings to light the policy rationale for it. Starting with a review of the case law, we will show that the first *Bills of Exchange Act, 1882* (U.K.), 45 & 46 Vict., c. 61, was interpreted objectively by the House of Lords such that “fictitious” meant that there was no underlying transaction. Unfortunately, their interpretation was distorted and subsequently a subjective approach was — incorrectly, in our view — adopted by Canadian courts. The case law also shows that an objective approach to “non-existing” was taken until recently. As we will then reveal, there is significant jurisprudential, purposive, and policy support for our

soit une personne réelle, le preneur n'est alors pas considéré comme une personne qui n'existe pas (*Boma*, par. 60). Dans ses motifs, notre collègue adhère à cette approche subjective qui tient compte de la croyance du tireur.

[88] Notre interprétation objective du qualificatif « fictive » rend sans objet l'approche subjective issue de l'arrêt *Boma* quant à l'expression « qui n'existe pas ». En effet, lorsque le preneur n'est pas dans les faits une personne réelle, mais qu'il était plausible pour le tireur qu'il le soit, le preneur ne peut avoir effectué d'opération sous-jacente avec le tireur. Ainsi, suivant notre interprétation objective du qualificatif « fictive », la banque pourra invoquer le moyen de défense prévu au par. 20(5).

[89] Notre approche quant à l'interprétation du qualificatif « fictive » et de l'expression « qui n'existe pas » écarte tout examen de l'intention. Lorsqu'un chèque est fait payable à une personne qui n'existe pas dans les faits ou à une personne qui existe mais qui n'a pas droit au montant indiqué, le par. 20(5) s'applique indépendamment de l'intention des personnes qui ont participé à la création du chèque. Il n'importe pas que cette situation soit le fruit d'un choix délibéré, d'une erreur commise de bonne foi par le tireur ou, comme c'est le cas en l'espèce, d'une fraude à l'endroit du tireur.

[90] Notre approche quant au par. 20(5) n'est pas nouvelle. Elle équivaut plutôt à un retour aux principes qui ont présidé à la toute première interprétation de la disposition par les tribunaux canadiens. Un examen attentif de la jurisprudence révèle l'existence d'un appui important à notre approche objective tant à l'égard de la personne « fictive » que de celle « qui n'existe pas » et fait ressortir les considérations de principe qui militent en sa faveur. À partir de notre revue de la jurisprudence, nous démontrons que la première loi en la matière, la *Bills of Exchange Act, 1882* (R.-U.), 45 & 46 Vict., c. 61, a été interprétée de façon objective par la Chambre des lords, qui a estimé que le terme « *fictitious* » (fictive) supposait l'inexistence d'une opération sous-jacente. Malheureusement, cette interprétation a été déformée et, subséquemment, une approche subjective a été adoptée — à tort, selon

proposed homecoming. We will conclude by providing justification for overturning *Concrete Column* and *Boma*.

### B. *Jurisprudential Support*

[91] Tracing the law from before the enactment of the first *Bills of Exchange Act*, through various interpretations of s. 20(5), reveals judicial precedent for an objective approach to determining non-existence and fictitiousness. Canadian jurisprudence has taken a different path by embracing a subjective approach which turns on the drawer's intention.

(1) English Common Law Prior to the *Bills of Exchange Act*

[92] Prior to legislative intervention, the common law in England treated as payable to bearer any bill made payable to obviously inanimate objects such as “cash”. For example, in *Grant v. Vaughan* (1764), 3 Burr. 1516, 97 E.R. 957, a bill worded “pay to ship ‘Fortune,’ or bearer” was found to be payable to the bearer, thus allowing an action for its payment: “If this bearer cannot bring an action upon it, no-body can: for as it is not made payable to any particular person by name, no action can be brought in the name of such particular person” (pp. 962-63).

[93] The common law also addressed bills drawn in favour of imaginary, but realistically named, payees. In a series of cases addressing such bills, courts held that the drawers and acceptors “who knew of the fictitious nature of the indorsement were estopped as against the plaintiff (a holder for value who had no notice of the circumstances)

nous — par les tribunaux canadiens. L'examen de la jurisprudence révèle aussi que, encore récemment, on recourait à une approche objective pour définir l'expression « qui n'existe pas ». Comme nous le démontrons ci-après, le retour aux sources que nous proposons jouit d'un appui jurisprudentiel, téléologique et de principe important. Nous concluons en justifiant pourquoi les arrêts *Concrete Column* et *Boma* doivent être infirmés.

### B. *Appui jurisprudentiel*

[91] L'examen du droit applicable avant la première *Loi sur les lettres de change* jusqu'à ce jour, à travers les diverses interprétations du par. 20(5), révèle que les tribunaux ont penché en faveur d'une approche objective pour décider si un preneur est une personne fictive ou qui n'existe pas. Les tribunaux canadiens ont emprunté une voie différente en privilégiant une approche subjective axée sur l'intention du tireur.

(1) La common law anglaise antérieure à la *Bills of Exchange Act*

[92] Avant l'intervention du législateur, la common law anglaise considérait comme payable au porteur tout effet de commerce fait payable à un objet de toute évidence inanimé, comme celui portant la mention « *cash* » (espèces). Par exemple, dans l'affaire *Grant c. Vaughan* (1764), 3 Burr. 1516, 97 E.R. 957, le tribunal a statué qu'un effet payable [TRADUCTION] « au navire “Fortune” ou au porteur » était payable au porteur, de sorte qu'une action pouvait être intentée pour obtenir son paiement : « Si ce porteur ne peut intenter une action sur le fondement de cet effet, personne ne le peut; le chèque n'étant rendu payable à aucune personne nommément désignée, nulle action ne peut être intentée au nom d'une telle personne » (p. 962-963).

[93] Les tribunaux ont également appliqué les règles de common law aux effets de commerce faits payables à des preneurs aux noms inventés mais vraisemblables. Dans une série d'affaires portant sur de tels effets, ils ont jugé que tireurs et accepteurs [TRADUCTION] « au courant du caractère fictif de l'endossement étaient irrecevables à opposer en

from setting up the fictitious character of the bill as a defence” (*Minet v. Gibson* (1789), 1 R.R. 754, at p. 755; see also *Tatlock v. Harris* (1789), 3 T.R. 174, 100 E.R. 517). The defendants were liable to pay the bearer “generally on the ground that they were estopped to take advantage of their own fraud. The judges felt that the defendants must have intended something by their actions in putting the bills into circulation” (Comment, “The Fictitious Payee and the UCC — The Demise of a Ghost” (1951), 18 *U. Chicago L. Rev.* 281, at p. 282 (footnote omitted)). In other words, the parties who intended the fraud were required to honour the bills as payable to the bearer (Crawford, at p. 22-35).

(2) Interpretation of the British Bills of Exchange Act in *Vagliano*

[94] Roughly 100 years later, the British Parliament enacted the first *Bills of Exchange Act, 1882*. Section 7(3) of that Act contained language identical to today’s s. 20(5) of the *BEA*: “Where the payee is a fictitious or non-existing person the bill may be treated as payable to bearer.”

[95] Interpreting the new legislation fell to the House of Lords in *Vagliano*. In that case, a clerk in service of Vagliano Brothers fraudulently prepared bills with the name of Vucina (a foreign associate of Vagliano) as drawer and C. Petridi & Co. (a genuine supplier of Vagliano) as payee. The clerk used forged letters of advice so as to procure the genuine acceptance of Vagliano. He then forged the endorsement of C. Petridi, obtained payment of the bills at Vagliano’s bank, and absconded with the proceeds. In a split decision, the Law Lords found in favour of the Bank of England by holding that the payee was fictitious and thus the bill was payable to the bearer.

[96] An important issue raised in *Vagliano* was whether s. 7(3) of the *Bills of Exchange Act, 1882* should be interpreted as importing the knowledge

défense le caractère fictif de l’effet au demandeur (un détenteur à titre onéreux non informé de la situation) » (*Minet c. Gibson* (1789), 1 R.R. 754, p. 755; voir également *Tatlock c. Harris* (1789), 3 T.R. 174, 100 E.R. 517). Les défendeurs étaient tenus de payer l’effet au porteur [TRADUCTION] « le plus souvent parce qu’ils étaient irrecevables à tirer profit de leur propre fraude. Les juges estimaient que les défendeurs devaient avoir été animés par quelque intention lorsqu’ils avaient mis les effets en circulation » (Comment, « The Fictitious Payee and the UCC — The Demise of a Ghost » (1951), 18 *U. Chicago L. Rev.* 281, p. 282 (note en bas de page omise)). Autrement dit, ceux qui avaient voulu la fraude devaient honorer l’effet en tant qu’effet payable au porteur (Crawford, p. 22-35).

(2) Interprétation dans *Vagliano* de la Bills of Exchange Act du Royaume-Uni

[94] Une centaine d’années plus tard, le Parlement britannique adoptait une première loi sur les lettres de change, la *Bills of Exchange Act, 1882*. Le libellé du par. 7(3) de cette loi était identique à celui du par. 20(5) de la *LLC*, lequel est le suivant : « La lettre dont le preneur est une personne fictive ou qui n’existe pas peut être considérée comme payable au porteur. »

[95] La Chambre des lords a été appelée à interpréter cette nouvelle loi dans *Vagliano*. Dans cette affaire, un commis de l’entreprise Vagliano Brothers avait frauduleusement préparé des lettres de change dont le tireur était Vucina (un associé étranger de Vagliano) et le preneur, C. Petridi & Co. (un fournisseur véritable de Vagliano). Le commis s’était servi de lettres d’instructions contrefaites pour obtenir l’acceptation en bonne et due forme de Vagliano. Il avait ensuite contrefait l’endossement de C. Petridi, avait obtenu le paiement des effets par la banque de Vagliano et s’était enfui avec l’argent. Dans une décision partagée, la Chambre des lords a donné gain de cause à la Banque d’Angleterre au motif que le preneur était une personne fictive, de sorte que la lettre était payable au porteur.

[96] L’une des principales questions examinées dans *Vagliano* était de savoir si on pouvait interpréter le par. 7(3) de la *Bills of Exchange Act, 1882*

and intent requirement that existed at common law prior to the enactment of that statute. Six of the eight Law Lords found that it should not.

[97] A majority of the House of Lords affirmed that the *Bills of Exchange Act, 1882* — a codifying statute — should not be construed in accordance with the common law that preceded it. This view was best captured by the following passage from Lord Herschell’s speech:

. . . I cannot bring myself to think that this is the proper way to deal with such a statute as the Bills of Exchange Act, which was intended to be a code of the law relating to negotiable instruments. I think the proper course is in the first instance to examine the language of the statute and to ask what is its natural meaning, uninfluenced by any considerations derived from the previous state of the law, and not to start with inquiring how the law previously stood, and then, assuming that it was probably intended to leave it unaltered, to see if the words of the enactment will bear an interpretation in conformity with this view. [Emphasis added; pp. 144-45.]

Lord Herschell’s interpretive approach was widely accepted and applied by various other courts, including Canadian courts interpreting the *BEA* (W. F. Craies, *A Treatise on Statute Law* (4th ed. 1936), at pp. 309-10; Crawford, at pp. 21.30.2 to 21.33). In fact, Sir Mackenzie Chalmers, who drafted the parliamentary bill that would later become the *Bills of Exchange Act, 1882*, described it as “what appears to be the true canon for construing a codifying statute” (M. D. Chalmers, “Vagliano’s Case” (1891), 7 *L.Q.R.* 216, at p. 220).

[98] Focusing on the text of s. 7(3), Lord Halsbury L.C. stated that “construing the statute by adding to it words which are neither found therein nor for which authority could be found in the language of the statute itself, is to sin against one of the most familiar rules of construction” (p. 120).

de manière à y intégrer l’exigence de connaissance et d’intention que prévoyait la common law avant l’adoption de la loi. Six des huit lords juges ont répondu par la négative.

[97] La Chambre des lords a estimé à la majorité que la *Bills of Exchange Act, 1882*, un texte codifié, ne devait pas être interprétée en fonction de la common law qui l’avait précédée. Le passage suivant de l’exposé de lord Herschell rend bien l’opinion majoritaire :

[TRADUCTION] . . . je ne peux me résoudre à ce qu’il s’agisse de la bonne manière d’aborder une loi comme la *Bills of Exchange Act*, qui se voulait la codification du droit applicable aux effets de commerce. Je crois qu’il convient d’abord de se pencher sur le libellé de la loi et de se demander quel est son sens naturel, indépendamment de toute considération découlant de l’état antérieur du droit, et non pas de chercher d’abord à savoir quel était l’état antérieur du droit puis, en supposant que le législateur ait probablement voulu qu’il demeure inchangé, à se demander si les mots employés dans le texte de loi permettent une interprétation conforme à ce point de vue. [Nous soulignons; p. 144-145.]

Bien d’autres cours de justice, y compris des tribunaux canadiens appelés à interpréter la *LLC*, ont en grande partie accepté et appliqué l’approche interprétative de lord Herschell (W. F. Craies, *A Treatise on Statute Law* (4<sup>e</sup> éd. 1936), p. 309-310; Crawford, p. 21-30.2 à 21-33). L’auteur du projet de loi qui a donné naissance à la *Bills of Exchange Act, 1882*, sir Mackenzie Chalmers, a en fait vu dans l’approche de lord Herschell [TRADUCTION] « ce qui paraît constituer le critère véritable pour interpréter un texte codifié » (M. D. Chalmers, « Vagliano’s Case » (1891), 7 *L.Q.R.* 216, p. 220).

[98] Mettant l’accent sur le texte du par. 7(3), le lord chancelier Halsbury affirme que [TRADUCTION] « c’est enfreindre l’une des règles d’interprétation les plus élémentaires que d’interpréter la loi par l’adjonction de mots qui n’y figurent pas et pour lesquels le texte de la loi n’offre aucune justification » (p. 120).



[99] This textual interpretation also accords with the provision’s legislative history. An earlier draft of s. 7(3) read as follows:

When the payee is a fictitious or non-existing person, no person shall be capable of making title to, or enforcing payment of the instrument, provided that, when a bill has knowingly been drawn payable to a fictitious or non-existing person and purports to bear his endorsement, it shall be valid for all purposes in the hands of a holder in due course, and a holder with notice may enforce it against the drawer or any endorser thereof, or against the acceptor if, when he accepted, he was aware of the facts. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

(Crawford, at p. 22-35, citing Chalmers, at p. 220.)

This draft was heavily amended in committee, however, and all references to the knowledge requirement that existed at common law were removed. Our colleague suggests that this was done to better reflect the state of the common law at the time. In our view, the authority cited for this proposition actually supports the opposite conclusion — that a court analyzing the legislative history of this provision *would have come to the same result as the House of Lords* in interpreting s. 7(3) without reference to the common law knowledge requirement (Chalmers, at p. 220). As we understand it, the amendments made to this draft provision in committee strongly indicate an intention on the part of Parliament to remove any subjectivity associated with the “fictitious and non-existing payee”, and instead to have those terms be interpreted objectively (Chalmers, at pp. 221-22).

[100] The foregoing supports the proposition that the *Bills of Exchange Act, 1882* was not intended merely to codify the common law, but also to modify it where Parliament saw necessary (J. M. Holden, *The History of Negotiable Instruments in English Law* (1955), at p. 201). This is also reflected in comments made by Chalmers, who stated that “[t]he Bill as originally drafted was intended to reproduce

[99] Cette interprétation textuelle se concilie aussi avec l’historique législatif de la disposition. En effet, une ébauche préalable du par. 7(3) était rédigée comme suit :

[TRADUCTION] Lorsque le preneur est une personne fictive ou qui n’existe pas, nul ne peut revendiquer la propriété de l’effet ou en obtenir le paiement. Toutefois, lorsqu’une lettre de change a été sciemment faite payable à une personne fictive ou qui n’existe pas et qu’elle est censée porter l’endossement d’une telle personne, elle sera valide à tous égards entre les mains d’un détenteur régulier, et un détenteur informé peut en obtenir le paiement auprès du tireur ou de tout endosseur, ou de l’accepteur si, au moment où il l’a acceptée, il connaissait les faits. [Nous soulignons; italique dans l’original omis.]

(Crawford, p. 22-35, citant Chalmers, p. 220.)

Cette ébauche a toutefois été considérablement remaniée en comité, et toutes les mentions de l’exigence de connaissance que prévoyait la common law ont alors été supprimées. Notre collègue avance que cette mesure visait à faire en sorte que la disposition corresponde davantage à l’état de la common law d’alors. Or, selon nous, la source qu’elle invoque étaye plutôt la conclusion contraire, à savoir qu’un tribunal qui aurait analysé l’historique législatif de cette disposition *serait arrivé au même résultat que la Chambre des lords* et aurait interprété le par. 7(3) sans l’exigence de connaissance de la common law (Chalmers, p. 220). À notre sens, les amendements apportés en comité à cette disposition du projet de loi militent fortement en faveur de l’intention du législateur de supprimer tout élément de subjectivité associé à la notion de « preneur fictif ou qui n’existe pas » et de privilégier une interprétation objective en la matière (Chalmers, p. 221-222).

[100] Les éléments qui précèdent étayaient la proposition voulant que la *Bills of Exchange Act, 1882* ne visait pas seulement à codifier la common law, mais aussi à y apporter les modifications que le législateur jugeait nécessaires (J. M. Holden, *The History of Negotiable Instruments in English Law* (1955), p. 201). Elle trouve également écho chez Chalmers, pour qui [TRADUCTION] « [l]e projet de loi,

the then existing law as exactly as possible, but certain amendments of the law were introduced in committee” (*Chalmers and Guest on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes* (18th ed. 2017), by S. J. Gleeson, at para. 1-006, quoting Sir M. D. Chalmers, *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques, and Negotiable Securities* (9th ed. 1927), at p. 2 (emphasis added)). Section 7(3) was among the 25 provisions of the *Bills of Exchange Act, 1882* that Chalmers listed as having altered the law of negotiable instruments (Chalmers (1927), at p. 2). It therefore appears that Lord Herschell was correct in noting that

[t]he Bills of Exchange Act was certainly not intended to be merely a code of the existing law. It is not open to question that it was intended to alter, and did alter it in certain respects. [Emphasis added; p. 145.]

[101] For these reasons, a majority of the Law Lords held that the terms “fictitious” and “non-existing” as used in s. 7(3) should not be construed as importing the knowledge requirement that previously existed at common law. Applying this interpretation to the facts, the House of Lords found that the payee was fictitious, and that the bank was therefore not liable.

[102] A number of principles can be drawn from this decision. The first principle is that the party sought to be charged with a bill need not have knowledge that the payee was fictitious in order for the payee to be deemed fictitious. This can be contrasted with the common law rule based on estoppel which required knowledge. Under the British Act, a bill with a fictitious payee may be treated as payable to bearer against not only the drawer, but also the acceptor — even if the acceptor was not aware of the fiction. Lord Herschell said (at p. 147):

. . . in order to establish the right to treat a bill as payable to bearer it is enough to prove that the payee is in

dans sa version initiale, visait à reproduire le droit alors existant de façon aussi précise que possible, mais certains amendements ont été apportés en comité » (*Chalmers and Guest on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes* (18<sup>e</sup> éd. 2017), par S. J. Gleeson, par. 1-006, citant sir M. D. Chalmers, *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques, and Negotiable Securities* (9<sup>e</sup> éd. 1927), p. 2 (nous soulignons)). Le paragraphe 7(3) fait partie des 25 dispositions de la *Bills of Exchange Act, 1882* que Chalmers a identifiées comme modifiant le droit des effets de commerce (Chalmers (1927), p. 2). Il semble donc que lord Herschell a eu raison de signaler ce qui suit :

[TRADUCTION] La *Bills of Exchange Act* ne se voulait certainement pas un simple code du droit existant. Il ne fait aucun doute qu’elle visait à le modifier, ce qu’elle a d’ailleurs fait à certains égards. [Nous soulignons; p. 145.]

[101] C’est pourquoi la majorité des lords juges a conclu que les termes « fictive » et « qui n’existe pas » utilisés au par. 7(3) ne devaient pas être interprétés comme reprenant l’exigence de connaissance que prévoyait auparavant la common law. À l’issue d’une interprétation des faits sous cet angle, la Chambre des lords a conclu que le preneur était une personne fictive, de sorte que la banque n’était pas tenue responsable de détournement.

[102] Un certain nombre de principes se dégagent de cette décision. Le premier veut qu’il ne soit pas nécessaire que la personne à qui est imputé le paiement de l’effet ait su que le preneur était une personne fictive pour que ce dernier soit réputé être une personne fictive. À l’opposé, la règle de common law fondée sur l’irrecevabilité exige cette connaissance. Selon la loi britannique, l’effet dont le preneur est une personne fictive peut être considéré comme payable au porteur non seulement vis-à-vis du tireur, mais aussi de l’accepteur, et ce, même si ce dernier ignorait que le preneur était une personne fictive. Voici ce que dit lord Herschell à ce propos (p. 147) :

[TRADUCTION] . . . pour établir le droit de considérer l’effet comme payable au porteur, il suffit de prouver que

fact a fictitious person, and that it is not necessary if it be sought to charge the acceptor to prove in addition that he was cognisant of the fictitious character of the payee.

Underscoring this liberation of the right to treat a bill as payable to bearer was Lord Herschell's point that fictitiousness is a matter of fact, independent of the knowledge of the party sought to be charged with the bill (pp. 145-46):

Turning now to the words of the sub-section, I confess they appear to me to be free from ambiguity. "Where the payee is a fictitious or non-existent person" means, surely, according to ordinary canons of construction, in every case where this can, as a matter of fact, be predicated of the payee.

. . . I have a difficulty in seeing how a payee, who is in fact a "fictitious" person in the sense in which that word is being used, can be otherwise than fictitious as regards all the world — how such a payee can be "fictitious" as regards one person and not another.

[103] The second principle that emerges from *Vagliano* is that the intention of the drawer is not relevant. Lord Halsbury L.C., with the majority, rejected an interpretation of the statute under which "one must dive into the mind of the hypothetical forger to determine whether the character be fictitious or not . . . [W]hereas, if it is pure imagination, then it is the name of a fictitious person" (pp. 121-22). Lord Bramwell, in dissent, similarly could not accept an interpretation of the statute where the "bill means one thing or another, according to the intent of the drawer" (p. 138). As Bradley Crawford argues, both the majority and dissenting Law Lords agreed that s. 7(3) should *not* be interpreted as being dependent upon the intention of the parties charged on the bill (p. 22-39).

[104] We pause here to recognize that a passage from Lord Herschell has caused confusion regarding the relevance of intention. In finding that it mattered not whether the payee was a "creature of the imagination" that the drawer "invents . . . himself"

le preneur est en fait une personne fictive, et il n'est pas nécessaire, si le paiement est imputé à l'accepteur, d'exiger en outre que ce dernier établisse qu'il savait que le preneur était une personne fictive.

Lord Herschell a insisté sur cet affranchissement, qui permettait désormais de considérer l'effet comme payable au porteur, pour soutenir que le caractère fictif relevait des faits, indépendamment de la connaissance de la situation par la personne à laquelle on voulait imputer le paiement de l'effet de commerce (p. 145-146) :

[TRADUCTION] Je dois avouer que le libellé de cette disposition paraît exempt de toute ambiguïté. Les mots « [l]a lettre dont le preneur est une personne fictive ou qui n'existe pas » signifient à n'en pas douter, selon les principes habituels d'interprétation, chaque fois que ce caractère fictif peut dans les faits être attribué au preneur.

. . . J'ai du mal à voir comment un preneur, qui est dans les faits une personne « fictive » au sens où ce mot est employé, peut ne pas en être une aux yeux de tous, autrement dit comment il peut être une personne « fictive » pour une personne, mais pas pour une autre.

[103] Le deuxième principe qui se dégage de l'arrêt *Vagliano* est que l'intention du tireur n'importe pas. Le lord chancelier Halsbury, avec l'appui des juges majoritaires, a rejeté l'interprétation de la loi suivant laquelle [TRADUCTION] « il faut scruter l'état d'esprit du contrefacteur hypothétique pour décider du caractère fictif ou non [. . .] [A]lors que si le nom est une pure invention, il s'agit du nom d'une personne fictive » (p. 121-122). Dissident, lord Bramwell n'a pu non plus adhérer à une interprétation de la loi selon laquelle « la portée de l'effet dépend de l'intention du tireur » (p. 138). Comme l'explique Bradley Crawford, les lords juges tant majoritaires que dissidents conviennent que l'application du par. 7(3) *ne peut* tenir à l'intention de la personne à qui est imputé le paiement de l'effet de commerce (p. 22-39).

[104] Nous ouvrons ici une parenthèse pour reconnaître qu'un passage du jugement de lord Herschell fut source de confusion quant à la pertinence de l'intention. Pour conclure qu'il n'importe pas de savoir si le nom du preneur est [TRADUCTION] « le fruit de

(p. 151), or a real person to whom payment was not intended (but the name was inserted as a “mere pretence” (*ibid.*)), Lord Herschell said (at pp. 151-52):

... why should this right and liability differ according as the name inserted as payee be a creature of the imagination or correspond to that of a real person, the drawer in neither case intending a person so designated to receive payment[?] . . .

... Do the words, “where the payee is a fictitious person,” apply only where the payee named never had a real existence? I take it to be clear that by the word “payee” must be understood the payee named on the face of the bill; for of course by the hypothesis there is no intention that payment should be made to any such person. Where, then, the payee named is so named by way of pretence only, without the intention that he shall be the person to receive payment, is it doing violence to language to say that the payee is a fictitious person? I think not. I do not think that the word “fictitious” is exclusively used to qualify that which has no real existence. [Emphasis added.]

As we will see, this passage was subsequently relied upon for a rule that the drawer’s intention is key — that a fictitious payee exists where “the payee named is so named by way of pretence only, without the intention that he shall be the person to receive payment”. Yet it is clear from his entire reasons that Lord Herschell was determining whether “fictitious” includes imaginary payees of “no real existence” as well as real payees whose name was inserted “by way of pretence only”. The state of “no intention” was merely part of his “hypothesis”.

[105] The third principle to be found in *Vagliano* becomes apparent after removing the subjective inquiries into knowledge and intent. What remains is a purely objective test. As the Earl of Selborne said for the majority: “. . . it seems to me neither unjust nor unreasonable that the rights and liabilities of third parties should in such a case depend upon the facts, rather than upon an inquiry into [Vagliano’s] state of mind” (p. 130). Bradley Crawford similarly sums up the *ratio* of *Vagliano*: “As I interpret the ruling, there

l’imagination » et que le tireur « l’a inventé » (p. 151) ou s’il s’agit d’une personne réelle à qui le paiement n’était pas destiné (et dont l’inscription du nom « n’est qu’un simulacre » (*ibid.*)), lord Herschell a dit ce qui suit (p. 151-152) :

[TRADUCTION] . . . pourquoi les droits et les obligations devraient-ils alors différer selon que le nom du preneur est le fruit de l’imagination ou est celui d’une personne réelle : dans un cas comme dans l’autre, le tireur n’est pas la personne à qui le paiement est destiné[?] . . .

... L’énoncé « [l]a lettre dont le preneur est une personne fictive » vise-t-il uniquement le preneur nommé désigné qui n’a jamais réellement existé? Il m’apparaît clairement que le « preneur » doit s’entendre de celui dont le nom figure sur l’effet, car on suppose de toute évidence l’absence d’intention du tireur de verser la somme à cette personne. Ainsi, lorsque l’inscription du nom du preneur n’est qu’un simulacre et que le tireur n’a aucune intention de verser la somme à cette personne, est-ce dénaturer le libellé de la loi que d’affirmer que le preneur est une personne fictive? Je ne le crois pas. Je ne crois pas que l’adjectif « fictive » vise uniquement la personne qui n’a pas d’existence réelle. [Nous soulignons.]

Nous verrons que ce passage a par la suite servi à l’élaboration de la règle du caractère déterminant de l’intention du tireur, c’est-à-dire que le preneur est une personne fictive lorsque « l’inscription du nom du preneur n’est qu’un simulacre et que le tireur n’a aucune intention de verser la somme à cette personne ». Pourtant, il ressort de l’ensemble de ses motifs que lord Herschell cherchait à savoir si la personne « fictive » englobait le preneur au nom inventé, sans « existence réelle », de même que le preneur à l’existence réelle dont l’inscription du nom « n’est qu’un simulacre ». L’« absence d’intention » n’était qu’un des éléments de son « hypothèse ».

[105] Le troisième principe issu de l’arrêt *Vagliano* s’impose de lui-même après suppression des éléments subjectifs que sont la connaissance et l’intention. Ne subsiste alors qu’un test purement objectif. Comme le dit le comte de Selborne au nom de la formation majoritaire : [TRADUCTION] « . . . il ne me semble ni injuste ni déraisonnable que les droits et les obligations des tiers dépendent en pareil cas des faits plutôt que de l’analyse de l’état d’esprit [de *Vagliano*] » (p. 130). Dans la même veine, Bradley

being no real transaction, the payee had no right to the bills or their proceeds and, therefore, the bank could not be faulted for failing to obtain the payee's endorsement" (p. 22-38). In our view, the objective test remaining is whether or not there is a legitimate underlying transaction (an underlying debt). If there is not, then the payee must be fictitious as there is no basis for the cheque.

[106] These three concepts — the acceptor need not be aware of the fictitious nature of the payee; the intention of the drawer is not relevant; and where there is no genuine transaction the bank is entitled to treat the bill as payable to bearer — supported a finding in *Vagliano* in favour of the Bank. The payee was fictitious, and thus the Bank had a defence.

[107] Section 7(3) of the *Bills of Exchange Act, 1882*, and its interpretation in *Vagliano*, changed the law. Rather than looking to the knowledge and intention of the drawer, and holding the drawer to his or her word based on estoppel as the common law had done, the British *Bills and Exchange Act* looked objectively at whether the payee is fictitious. As Professor Benjamin Geva points out ("The Fictitious Payee Strikes Again: The Continuing Misadventures of BEA s. 20(5)" (2015), 30 *B.F.L.R.* 573, at p. 591), the result was also

to expand the fictitious payee rule from one concerned only with fraud committed *by* a party liable on the bill to a rule concerned also with fraud committed *against* such a party. Each such party was to become liable to an innocent party and thus bears the fraud loss. The rule applies whether the party liable is the perpetrator or victim of the fraud. [Emphasis in original.]

Crawford conclut ce qui suit de la *ratio* de l'arrêt *Vagliano* : [TRADUCTION] « Selon mon interprétation de la décision, vu l'absence d'opération véritable, le preneur n'avait aucun droit aux effets de commerce ou aux montants qui y étaient inscrits, de sorte qu'on ne pouvait reprocher à la banque de ne pas avoir obtenu l'endossement du preneur » (p. 22-38). Selon nous, le test objectif qui demeure consiste à se demander s'il existe ou non une opération sous-jacente légitime (une dette sous-jacente). S'il n'y en a pas, le preneur ne peut être qu'une personne fictive, car nulle opération ou dette ne confère une assise au chèque.

[106] Ces trois principes — l'accepteur n'a pas à connaître le caractère fictif du preneur, l'intention du tireur n'est pas pertinente et, en l'absence d'une opération véritable, la banque peut considérer l'effet comme payable au porteur — étayaient la décision du tribunal de donner gain de cause à la banque dans *Vagliano*. Le preneur était une personne fictive et, par conséquent, la banque avait un moyen de défense.

[107] Le paragraphe 7(3) de la *Bills of Exchange Act, 1882* et son interprétation dans l'arrêt *Vagliano* ont changé l'état du droit. Au lieu de tenir compte de la connaissance et de l'intention du tireur et de contraindre ce dernier à respecter sa parole sur le fondement de l'estoppel comme le prévoyait jusqu'alors la common law, la loi britannique sur les lettres de change a appliqué un test objectif afin de décider si le preneur est une personne fictive ou non. Comme le signale le professeur Benjamin Geva (« The Fictitious Payee Strikes Again : The Continuing Misadventures of BEA s. 20(5) » (2015), 30 *B.F.L.R.* 573, p. 591), cette approche a aussi eu pour effet

[TRADUCTION] d'élargir la portée de la règle du preneur fictif qui ne s'appliquait jusqu'alors qu'à la fraude commise *par* la personne responsable du paiement de l'effet pour la rendre applicable aussi à la fraude commise *contre* cette personne. Cette dernière devenait responsable envers toute partie innocente et devait ainsi assumer la perte subie. Cette règle vaut peu importe que la personne responsable du paiement soit l'auteur de la fraude ou sa victime. [En italique dans l'original.]

(3) Departure From an Objective Approach

[108] Unfortunately, the law was not settled for very long. In a decision that significantly influenced Canadian jurisprudence, Justice Warrington in *Vinden v. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795, focussed on Lord Herschell’s statement that a payee is fictitious if “the payee named is so named by way of pretence only, without the intention that he shall be the person to receive payment” (pp. 801-2). Warrington J. resurrected intention — the common law element put to rest by the House of Lords in *Vagliano* — and made it the decisive criterion for “fictitious”. As Professor Geva observes (at p. 591): “In hindsight this marked the turning point leading to the misunderstanding [of] *Vagliano* and consequently the continuous misapplication of *BEA* s. 20(5).”

[109] It was the turning point because *Vinden* was followed three years later by the House of Lords in *North and South Wales Bank Ltd. v. Macbeth*, [1908] A.C. 137, where Lord Loreburn approved the statement: “. . . when there is a real drawer who has designated an existing person as the payee, and intends that that person should be the payee, it is impossible that the payee can be fictitious” (p. 139). Intention, or lack thereof, becomes decisive. As Bradley Crawford reads this decision (at pp. 22-40 and 22-41):

The fact that there is no legitimate transaction between the drawer and payee, or that the drawer has been induced to draw the cheques to that person by the fraud of an employee, or was careless in trusting a supposed intermediary, is considered to be irrelevant. . . .

That highly questionable reasoning would have a disastrous influence on the development of the Canadian case law. [Footnote omitted.]

[110] Dean Falconbridge enshrined the starring role for intention with his two principles and four propositions (at pp. 468-69):

(3) Rupture d’avec l’approche objective

[108] Malheureusement, l’état du droit en la matière n’est pas demeuré stable bien longtemps. Dans l’arrêt *Vinden c. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795, qui a influencé considérablement la jurisprudence canadienne, le juge Warrington reprenait l’affirmation de lord Herschell suivant laquelle le preneur est une personne fictive lorsque [TRADUCTION] « l’inscription du nom du preneur n’est qu’un simulacre et que le tireur n’a aucune intention de verser la somme à cette personne » (p. 801-802). Le juge Warrington ramène ainsi l’intention, à savoir l’élément de common law que la Chambre des lords avait écarté dans l’arrêt *Vagliano*, et en fait le critère décisif pour décider si le preneur est une personne « fictive » ou non. Comme le fait observer le professeur Geva (p. 591) : [TRADUCTION] « Avec le recul, cette décision constitue le tournant qui est à l’origine de l’interprétation erronée [de] l’arrêt *Vagliano* et, par conséquent, de l’application systématiquement erronée du par. 20(5) de la *LLC*. »

[109] L’arrêt *Vinden* a marqué un tournant car, trois ans plus tard, il était suivi par la Chambre des lords dans *North and South Wales Bank Ltd. c. Macbeth*, [1908] A.C. 137, où lord Loreburn faisait sien le passage suivant : [TRADUCTION] « . . . lorsqu’il existe un tireur réel qui a désigné une personne existante comme preneur et qu’il souhaite que cette personne soit le preneur, il est impossible que le preneur soit une personne fictive » (p. 139). L’intention — ou l’absence d’intention — est devenue déterminante. Voici comment Bradley Crawford interprète cette décision (p. 22-40 et 22-41) :

[TRADUCTION] Le fait qu’aucune opération légitime n’est intervenue entre le tireur et le preneur, que le tireur a été amené à faire des chèques payables à cette personne par les manœuvres frauduleuses d’un employé ou qu’il a été négligent en faisant confiance à un supposé intermédiaire n’est pas considéré comme pertinent. . .

Ce raisonnement fort discutable aurait eu un effet catastrophique sur l’évolution de la jurisprudence canadienne. [Note en bas de page omise.]

[110] Le doyen Falconbridge a consacré le rôle clé de l’intention par la formulation de ses deux principes et quatre propositions (p. 468-469) :

Whether a named payee is non-existing is a simple question of fact, not depending on anyone's intention. The question whether the payee is fictitious depends upon the intention of the creator of the instrument, that is, the drawer of a bill or cheque or the maker of a note.

In the case of a bill drawn by Adam Bede upon John Alden payable to Martin Chuzzlewit, the payee may or may not be fictitious or non-existing according to the circumstances:

(1) If Martin Chuzzlewit is not the name of any real person known to Bede, but is merely that of a creature of the imagination, the payee is non-existing, and is probably also fictitious.

(2) If Bede for some purpose of his own inserts as payee the name of Martin Chuzzlewit, a real person who was known to him but whom he knows to be dead, the payee is non-existing, but is not fictitious.

(3) If Martin Chuzzlewit is the name of a real person known to Bede, but Bede names him as payee by way of pretence, not intending that he should receive payment, the payee is fictitious, but is not non-existing.

(4) If Martin Chuzzlewit is the name of a real person, intended by Bede to receive payment, the payee is neither fictitious nor non-existing, notwithstanding that Bede has been induced to draw the bill by the fraud of some other person who has falsely represented to Bede that there is a transaction in respect of which Chuzzlewit is entitled to the sum mentioned in the bill. [Emphasis added.]

[111] Falconbridge's fourth proposition describes the facts in *Vagliano*. The payee (C. Petridi & Co.) was real. The drawer (Vucina) was fraudulently induced into intending that the payee receive payment. In *Vagliano*, the House of Lords found the payee to be fictitious. Yet, under Falconbridge's fourth proposition, the payee is neither fictitious nor non-existing — a result that is inconsistent with the holding in *Vagliano*. This is critical to recognize: Falconbridge's fourth proposition is directly at odds with *Vagliano*.

[TRADUCTION] La question de savoir si un preneur nommé est une personne qui n'existe pas est une simple question de fait qui ne dépend de l'intention de personne. Celle de savoir si le preneur est une personne fictive dépend de l'intention de l'auteur de l'effet, à savoir le tireur d'une lettre ou d'un chèque, ou encore de l'auteur du billet.

Dans le cas d'une lettre de change dont le tireur est Adam Bede, le tiré John Alden et le preneur Martin Chuzzlewit, ce dernier est fictif ou inexistant ou ne l'est pas selon les circonstances :

(1) Si Martin Chuzzlewit n'est pas le nom d'une personne existante que Bede connaît, mais seulement le fruit de l'imagination de ce dernier, le preneur est inexistant et, vraisemblablement aussi, fictif.

(2) Si Bede, pour ses fins propres, inscrit comme preneur le nom Martin Chuzzlewit, une personne ayant déjà existé, qu'il connaissait et sait être décédée, le preneur est inexistant mais il n'est pas fictif.

(3) Si Martin Chuzzlewit est le nom d'une personne existante que Bede connaît, mais dont l'inscription comme preneur n'est qu'un simulacre, Bede n'ayant pas l'intention d'avantager monétairement ce preneur, le preneur est une personne fictive mais non inexistante.

(4) Si Martin Chuzzlewit est le nom d'une personne existante à qui Bede destine le paiement, le preneur n'est ni fictif, ni inexistant, quoique Bede ait été amené à rédiger la lettre de change par des manœuvres frauduleuses d'une autre personne qui a fait croire à Bede qu'il y a une transaction au regard de laquelle Chuzzlewit a droit au montant spécifié dans la lettre de change. [Nous soulignons.]

[111] La quatrième proposition de Falconbridge correspond aux faits de l'affaire *Vagliano*. Le preneur (C. Petridi & Co.) était une personne existante. Le tireur (Vucina) avait été amené par des manœuvres frauduleuses à destiner le paiement au preneur. Dans l'arrêt *Vagliano*, la Chambre des lords a conclu que le preneur était une personne fictive. Pourtant, selon la quatrième proposition de Falconbridge, le preneur n'est ni une personne fictive ni une personne inexistante, ce qui est inconciliable avec l'arrêt *Vagliano*. Il est essentiel de le constater : la quatrième proposition de Falconbridge va directement à l'encontre de l'arrêt *Vagliano*.

[112] Majority decisions of this Court have assessed s. 20(5) in accordance with these propositions and not pursuant to *Vagliano*. In *Concrete Column*, a fraudster payroll clerk prepared over 1,000 cheques — some payable to former employees, and some payable to names that were pure inventions of the clerk. Justice Pigeon for the majority looked to Falconbridge’s fourth proposition for those cheques made payable to former employees (real payees). Accordingly, he found those cheques were neither non-existing nor fictitious and the Royal Bank was liable for having accepted them. The cheques payable to “pure inventions” were objectively non-existent, and thus the Bank was entitled to treat them as payable to bearer.

[113] In dissent, the reasoning of Chief Justice Laskin and Justice Dickson (as he then was) reflected the *ratio* in *Vagliano* — where there is no underlying transaction (no underlying debt), the bill is to be treated as payable to bearer. They would have found all the cheques to be fictitious (pp. 480 and 482):

The matter has crystallized when the payroll clerk, charged to make up the payroll, has introduced payees, whether imaginary or existing persons, to whom no money is owing, and the actual drawer makes out cheques payable to them.

. . . No distinction can be drawn between the cheques payable to imaginary persons or persons who were not former employees and those who were formerly in the drawer’s employ. None of these were entitled to the proceeds of the cheques, and I can see no basis for distinguishing these two classes of cases as to fictitiousness. [Emphasis added.]

[112] Des décisions majoritaires de notre Cour ont interprété le par. 20(5) conformément aux propositions de Falconbridge, et non dans le sens de *Vagliano*. Dans l’affaire *Concrete Column*, un préposé à la rémunération avait frauduleusement préparé un millier de chèques, certains payables à d’anciens employés, d’autres à des personnes aux noms inventés de toutes pièces. Au nom des juges majoritaires, le juge Pigeon s’en remet à la quatrième proposition de Falconbridge pour statuer sur les chèques payables à d’anciens employés (soit des preneurs réels). Il conclut donc que les preneurs de ces chèques n’étaient pas des personnes inexistantes ou fictives et il tient la Banque Royale responsable de leur paiement parce qu’elle les a acceptés. Les chèques payables à des personnes aux noms « inventés de toutes pièces » l’étaient, d’un point de vue objectif, à des personnes qui n’existaient pas, de sorte que la banque avait pu légitimement les considérer comme payables au porteur.

[113] Dissidents, le juge en chef Laskin et le juge Dickson (plus tard Juge en chef) ont adopté le raisonnement de la Chambre des lords dans *Vagliano*, à savoir que lorsqu’il n’y a pas d’opération sous-jacente et, partant, pas de dette sous-jacente, l’effet de commerce doit être considéré comme payable au porteur. Ils auraient statué que les preneurs de tous les chèques étaient des personnes fictives (p. 480 et 482) :

La situation s’est cristallisée lorsque le commis chargé de préparer les feuilles de paie y a inséré le nom de certaines personnes, [imaginaires] ou existantes, à qui rien n’est dû et à l’ordre de qui le véritable tireur a fait des chèques.

. . . On ne doit faire aucune distinction entre les chèques payables à des personnes [imaginaires] ou des personnes qui ne sont pas d’anciens employés et des chèques payables à des personnes qui sont d’anciens employés du tireur. Aucun de ces preneurs n’avait droit au montant des chèques et je ne vois aucune raison de faire une distinction au niveau de l’aspect fictif entre ces deux types de cas. [Nous soulignons.]



[114] In *Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia*, [1982] 2 S.C.R. 488, a unanimous Court relied on Falconbridge's third proposition. In that case, the company president, Chan, wrote a cheque to a real creditor, but never intended the creditor to obtain the funds. Instead, the president forged the signature of the creditor and cashed the cheque. Justice Ritchie for a unanimous Court reasoned that "the finding of fraudulent intent on the part of Chan in drawing the instrument in question makes the payee of this cheque a fictitious person within the meaning of the authorities" (p. 490). Ritchie J. took from *Vagliano* guidance that a payee is fictitious whenever the name is inserted "by way of pretence merely, without any intention that payment shall only be made in conformity therewith" (p. 490, quoting *Vagliano*, at p. 153), and he cited Falconbridge's third proposition as support for the importance of the drawer's intention.

[115] This Court's decision in *Boma* introduced a subjective approach to non-existence. Justice Iacobucci, for the majority, also confirmed the subjective approach to fictitiousness adopted by the Court in *Concrete Column* and applied in *Fok Cheong*.

[116] In *Boma*, a fraudster clerk, Ms. Alm, prepared cheques for signature by her supervisor, Mr. Mange. Of the 155 cheques so prepared, 146 were in fact signed by Ms. Alm. Existing employees or officers, to whom no money was owing, constituted 41 of the cheques. The remaining 114 of the cheques were made to payees whose names were invented by Ms. Alm but were similar to that of a real creditor. Justice Iacobucci, for the majority, held that none of the payees were fictitious or non-existing. For the cheques payable to existing employees or officers, Justice Iacobucci presumed that the drawer intended the payees to receive the proceeds (para. 57). For the invented names, Justice Iacobucci expanded Falconbridge's fourth proposition to include the invented names as real payees because Mr. Mange was "reasonably mistaken" and "honestly believed that the cheques were being made out for

[114] Dans l'arrêt *Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1982] 2 R.C.S. 488, la Cour se fonde à l'unanimité sur la troisième proposition de Falconbridge. Dans cette affaire, le président de l'entreprise, M. Chan, avait tiré un chèque payable à un créancier réel, mais sans avoir jamais eu l'intention que ce créancier touche la somme. En effet, le président avait imité la signature du créancier, puis encaissé le chèque. Au nom de la Cour, le juge Ritchie explique qu'« étant donné la conclusion d'intention frauduleuse de la part de [M.] Chan lorsqu'il a tiré l'effet en cause, le preneur de celui-ci est une personne fictive au sens de la jurisprudence » (p. 490). Il prend appui sur les balises fixées dans *Vagliano* pour conclure qu'un preneur est une personne fictive lorsque l'inscription de son nom « n'est qu'un simulacre et qu'il n'y a aucune intention de payer uniquement le preneur nommé » (p. 490, citant *Vagliano*, p. 153). Il invoque ensuite la troisième proposition de Falconbridge pour confirmer l'importance de l'intention du tireur.

[115] Dans l'arrêt *Boma*, la Cour a introduit une approche subjective pour décider si le preneur est une personne qui existe ou non. Au nom des juges majoritaires, le juge Iacobucci souscrit également à l'analyse subjective du caractère fictif adoptée par la Cour dans *Concrete Column*, puis appliquée dans *Fok Cheong*.

[116] Dans l'affaire *Boma*, une employée malhonnête, M<sup>me</sup> Alm, avait préparé des chèques que devait signer son supérieur, M. Mange. Sur les 155 chèques ainsi préparés, 146 avaient en fait été signés par M<sup>me</sup> Alm. Quarante et un (41) étaient payables à des employés et à des dirigeants existants à qui aucune somme n'était due. Les 114 autres étaient payables à des preneurs aux noms inventés par M<sup>me</sup> Alm, mais qui ressemblaient à ceux de créanciers réels. Au nom des juges majoritaires, le juge Iacobucci estime qu'aucun des preneurs n'était une personne fictive ou qui n'existe pas. Dans le cas des chèques payables à des employés ou à des dirigeants existants, il a présumé l'intention du tireur que les preneurs touchent le montant des chèques (par. 57). Quant aux preneurs aux noms inventés, il a élargi la portée de la quatrième proposition pour les assimiler à des preneurs réels au motif que

an existing obligation to a real person known to the companies” (para. 60).

[117] In dissent, Justice La Forest, with the concurrence of Justice McLachlin (as she then was), identified the jurisprudential division that had developed since *Vagliano* and embraced an approach based on *Vagliano*. Notably, by this time even the editor of Falconbridge’s textbook criticized Falconbridge’s endorsement of *Vinden* in earlier editions of the text. Justice La Forest explained (at para. 93):

It is fair to say that Dean Falconbridge’s fourth rule, which encompasses the situation of the fraudulent employee, merely reflects one line of reasoning within the jurisprudence (see *Vinden v. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795, and *Harley v. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135 (Ont. C.A.)), and does not take into account various decisions that have gone the other way (see *London Life Insurance Co. v. Molsons Bank* (1904), 8 O.L.R. 238 (C.A.), and *Metropolitan Life Insurance Co. v. Quebec Bank* (1916), 50 C.S. 214). This fact has been acknowledged in the latest edition of the textbook (Crawford and Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (8th ed. 1986), vol. 2), where the editor, Bradley Crawford, is critical both of the fourth rule and the cases that have produced it (at pp. 1259 and 1261):

The Canadian courts have been led into error by Warrington J. in *Vinden v. Hughes* and Dean Falconbridge’s endorsement of that judgment in early editions of this treatise.

It is probably of no use to point out that Falconbridge’s fourth proposition never was in accord with the actual result in *Vagliano*’s case where, it may be recalled, the acceptor was deceived by his clerk into signing bills he thought represented real transactions with real persons.

[118] In our view, it is time to return to the principles available in *Vagliano* for determining “fictitious” and the state of the law before *Boma* for determining

M. Mange avait « raisonnablement cru à tort » à l’existence d’un lien avec ses entreprises et avait sincèrement cru que les chèques « avaient été tirés relativement à une obligation réelle envers une personne existante connue des compagnies » (par. 60).

[117] Dissident, le juge La Forest, avec l’appui de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), a identifié le désaccord jurisprudentiel qui s’était développé subséquemment à l’arrêt *Vagliano* et a adopté une approche fondée sur celui-ci. En fait, même l’éditeur de l’ouvrage de Falconbridge a reproché à l’auteur l’approbation de l’arrêt *Vinden* dans les éditions précédentes. Le juge La Forest explique (au par. 93) :

Il est juste de dire que la quatrième règle du doyen Falconbridge, qui vise le cas de l’employé malhonnête, ne reflète qu’un raisonnement dans la jurisprudence (voir *Vinden c. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795, et *Harley c. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135 (C.A. Ont.)), et ne tient pas compte des diverses décisions qui sont allées dans le sens contraire (voir *London Life Insurance Co. c. Molsons Bank* (1904), 8 O.L.R. 238 (C.A.)), et *Metropolitan Life Insurance Co. c. Quebec Bank* (1916), 50 C.S. 214). Ce fait a été reconnu dans la dernière édition de Crawford et Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (8<sup>e</sup> éd. 1986), vol. 2, où le directeur, Bradley Crawford, critique à la fois la quatrième règle et la jurisprudence dont elle émane (aux pp. 1259 et 1261) :

[TRADUCTION] Les tribunaux canadiens ont été induits en erreur par le juge Warrington dans *Vinden c. Hughes* et par l’approbation de cet arrêt que le doyen Falconbridge a donnée dans les premières éditions du présent traité.

Il est probablement inutile de souligner que la quatrième proposition de Falconbridge n’a jamais été conforme au résultat réel de l’arrêt *Vagliano*, dans lequel, on s’en souviendra, l’accepteur a été amené par son commis à signer des effets qui, croyait-il, représentaient des transactions réelles avec des personnes réelles.

[118] À notre avis, le temps est venu de revenir aux principes énoncés dans l’arrêt *Vagliano* pour décider si un preneur est ou non une personne « fictive »

“non-existing”. Subjective inquiries into the knowledge and intention of the drawer are unnecessary and bring confusion. Rather, non-existence depends on whether the payee exists in fact, while fictitiousness depends on whether there is an underlying transaction.

[119] Before moving on, however, we wish to address our understanding of s. 97(2) of the *Bills of Exchange Act, 1882*, which was subsequently imported into s. 9 of the *BEA*. Our colleague interprets this provision as guaranteeing the continuity of the common law as it existed before the *Bills of Exchange Act, 1882* (paras. 60-61). Respectfully, our view is that this provision should not be construed as requiring that the *BEA* be interpreted in conformity with pre-Act common law. Rather, as Professor Geva puts it, reference to the rule of common law “may well refer to the dynamic and continuing process of law-making in the common law, or more specifically to the potential of a newly-recognized policy to affect the reading of the language of a section by providing a different rationale” (B. Geva, “The Fictitious Payee and Payroll Padding: *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*” (1978), 2 *Can. Bus. L.J.* 418, at p. 425). In this way, s. 9 of the *BEA* should be understood as providing room for the common law to evolve and grow, so long as it does not conflict with the *express* provisions of the statute.

### C. Purposive Support

[120] Our interpretation supports the purpose of the bills of exchange system. The *BEA* establishes a bills of exchange system that is based on the principles of negotiability, certainty, and finality. In *Boma*, Justice La Forest explained it thus (at para. 97):

A second problem with allocating the loss to the accepting bank is that it does not fit in well with the general scheme of bills of exchange. The essence of a bill of

et de retourner à l'état du droit antérieur à l'arrêt *Boma* pour décider si le preneur est ou non une personne « qui n'existe pas ». Point n'est besoin de se livrer à l'analyse subjective de la connaissance et de l'intention du tireur, car cela ne fait que semer la confusion. Un preneur est une personne qui n'existe pas lorsqu'il n'existe pas dans les faits alors qu'il est une personne fictive lorsqu'il n'y a pas d'opération sous-jacente.

[119] Cependant, avant de poursuivre l'exposé de nos motifs, nous tenons à faire état de notre compréhension du par. 97(2) de la *Bills of Exchange Act, 1882*, lequel fut ultérieurement intégré à l'art. 9 de la *LLC*. Selon notre collègue, cette disposition garantit la continuité de la common law telle qu'elle existait avant la *Bills of Exchange Act, 1882* (par. 60-61). Avec égards, nous estimons que l'on ne devrait pas voir dans cette disposition l'obligation d'interpréter la *LLC* conformément à la common law qui s'appliquait avant son adoption. En fait, comme l'explique le professeur Geva, le renvoi à la règle de common law [TRADUCTION] « peut fort bien viser le processus dynamique et continu d'élaboration du droit en common law ou, plus particulièrement, la possibilité qu'une considération de principe nouvelle influe sur l'interprétation du libellé d'une disposition parce qu'elle offre une raison d'être différente » (B. Geva, « The Fictitious Payee and Payroll Padding : *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.* » (1978), 2 *Rev. can. dr. comm.* 418, p. 425). Dès lors, on devrait considérer que l'art. 9 de la *LLC* permet l'évolution et la croissance de la common law, en autant que cela n'aille pas à l'encontre des dispositions *expresses* de la loi.

### C. Considérations téléologiques qui militent en faveur de la démarche préconisée

[120] Notre interprétation est conforme à la raison d'être du régime des lettres de change. La *LLC* établit un régime fondé sur les principes de négociabilité, de certitude et d'irrévocabilité, ce que le juge La Forest explique comme suit dans l'arrêt *Boma* (par. 97) :

Le deuxième problème qui se pose en faisant assumer la perte par la banque-accepteur c'est que cela ne cadre pas bien avec l'économie du régime des lettres

exchange is its negotiability and the finality of payment inherent to such a negotiation. Imposing liability on the accepting bank rather than upon the party in the position to stop the fraud is inconsistent with these policies. Whether one is talking about the situation where a signing officer has acted fraudulently, or the situation where a payroll clerk induces an innocent signing officer to sign a fraudulent cheque, allocating the loss to the accepting bank would create a situation where the bank would be required to verify the validity of every single cheque it receives involving a corporate drawer. . . . Besides being impractical, such a procedure is simply not in keeping with the purpose or the scheme of the Act.

[121] We agree. The principles of negotiability, certainty, and finality are integral to the operation of the *BEA*. To give effect to these principles, the negotiability of a cheque must be determinable on its face. Otherwise, the efficiency created by the bills of exchange system would be undermined as collecting banks would be required to conduct an investigation into subjective factors to determine the validity of every cheque.

[122] The interpretation of s. 20(5) by the majorities in *Boma* and *Concrete Column* requires just that. It therefore weakens the fundamental principle of negotiability in the bills of exchange system. If a bank wishes to avoid future claims, *Boma* and *Concrete Column* ask the bank to verify the drawer's intent, and whether the payee is real or the drawer's "guiding mind" reasonably mistook the payee to be real (see *Concrete Column*, at pp. 483-84; *Boma*, at paras. 58 and 60-61). Professor Crawford points out how this runs counter to the objective of negotiability (at pp. 22-31 and 22-50.18d to 22-50.18e):

Despite the obvious need for rules that enable persons dealing with payment instruments to judge them by what appears on their face, and to judge the rights of the holder of a payment instrument by what they know or ought reasonably to know of his conduct with relation to it, the decisions over the past 100 years have introduced

de change. L'essence d'une lettre de change est sa négociabilité et l'irrévocabilité du paiement inhérent à la négociation de cette lettre. Imposer la responsabilité à la banque-accepteur plutôt qu'à la partie qui est en mesure de mettre fin à la fraude est incompatible avec ces principes. Peu importe qu'il soit question du cas où un signataire autorisé a agi frauduleusement, ou de celui où un préposé à la paie amène un signataire autorisé innocent à signer un chèque frauduleux, faire assumer la perte par la banque-accepteur engendrerait une situation où cette dernière serait tenue de vérifier la validité de chaque chèque tiré par une personne morale qui lui serait présenté. [. . .] En plus de ne pas être pratique, cette façon de procéder est simplement contraire à l'objet ou à l'économie de la Loi.

[121] Nous sommes du même avis. Ces principes — négociabilité, certitude et irrévocabilité — font partie intégrante de l'application de la *LLC*. Reconnaître l'effet de ces principes commande que l'on puisse déterminer la négociabilité d'un chèque de prime abord car, sinon, l'efficacité censée découler du régime des lettres de change serait compromise, les banques d'encaissement étant obligées de considérer des éléments subjectifs afin de s'assurer de la validité de tous les chèques.

[122] Or, c'est précisément ce qui résulte de l'interprétation du par. 20(5) par les juges majoritaires dans les arrêts *Boma* et *Concrete Column*. Le principe fondamental de négociabilité propre au régime des lettres de change en ressort donc affaibli. Les arrêts *Boma* et *Concrete Column* obligent la banque soucieuse d'éviter une poursuite à confirmer l'intention du tireur et à se demander si le preneur est une personne réelle ou si l'« âme dirigeante » du tireur a raisonnablement cru à tort que le preneur était une personne réelle (voir *Concrete Column*, p. 483-484; *Boma*, par. 58 et 60-61). Le professeur Crawford souligne à quel point cette approche va à l'encontre de l'objectif de la négociabilité (p. 22-31 et 22-50.18d à 22-50.18e) :

[TRADUCTION] Malgré le besoin manifeste de règles permettant aux utilisateurs des instruments de paiement d'apprécier ces derniers selon ce qui y figure et de déterminer les droits du titulaire d'un effet de paiement selon ce qu'ils savent ou devraient raisonnablement savoir de sa conduite relativement à cet effet, la jurisprudence des 100 dernières

rules that give effect to the subjective intentions of the drawer, whether known to all parties, or not.

With all due respect, it appears to be highly questionable to approve of a policy governing negotiable instruments on the ground that it makes them less easily negotiable. The logical extension of that policy foundation would be to deny the negotiability of cheques entirely. An impractical solution. The defects of the concept as a foundational policy is, to my mind, rendered particularly acute when it refers, without criticism, to the laxity of the drawers of cheques in failing to “counteract all kinds of fraud” at the point of origin. The unexamined and unexpressed premise seems to be that one of the proper functions of the banks as members of the payments system is to save members of the public from the effects of their own carelessness or gullibility. It is not.

(See also N. Rafferty and J. W. Hamilton, “Is the Collecting Bank now the Insurer of a Cheque’s Drawer against Losses Caused by the Fraud of the Drawer’s Own Employee?” (2005), 20 *B.F.L.R.* 427, at p. 448.)

[123] Finality and certainty is also undermined since a failure to confirm subjective intent could, as in this case, lead to a conversion claim years after the cheques were accepted. If a claim does arise, the bank’s legal position is necessarily murky if it depends on facts unknown to it: the subjective intention of the drawer, or the existence of a reasonable belief in the mind of the drawer that a payee was real.

[124] In our view, the interpretation of s. 20(5) adopted in *Concrete Column* and *Boma* frustrates the objectives of negotiability, certainty, and finality that lie at the heart of our bills of exchange system. In contrast, our proposed approach seeks to invigorate them. It does so first, by relying on upstream rather than downstream controls. Rather than requiring a bank to verify subjective intent and drawer belief, our approach looks to upstream controls in

années a établi des règles qui tiennent compte de l’intention subjective du tireur, que cette intention soit connue ou non de toutes les parties.

À mon humble avis, il paraît très discutable d’approuver une politique sur les effets de commerce en invoquant le fait qu’elle rend ces effets moins facilement négociables. La conséquence logique d’un tel fondement de principe serait de faire totalement obstacle à la négociabilité des chèques, ce qui est inenvisageable. Les failles fondamentales de cette assise sautent particulièrement aux yeux, selon moi, lorsqu’elle renvoie, sans le déplorer, au laxisme des tireurs de chèques qui omettent au départ de [TRADUCTION] « contre la fraude sous toutes ses formes ». Le postulat implicite et non vérifié paraît être que l’une des fonctions de la banque en tant que rouage du système de paiement consiste à protéger le citoyen contre les conséquences de sa propre incurie ou naïveté. Or, ce n’est pas son rôle.

(Voir également N. Rafferty et J. W. Hamilton, « Is the Collecting Bank now the Insurer of a Cheque’s Drawer against Losses Caused by the Fraud of the Drawer’s Own Employee? » (2005), 20 *B.F.L.R.* 427, p. 448.)

[123] L’irrévocabilité et la certitude sont également compromises puisque l’omission de confirmer l’intention subjective pourrait, comme dans le cas qui nous occupe, entraîner une poursuite pour détournement des années après l’acceptation des chèques. En cas de poursuite, la situation juridique de la banque devient nécessairement nébuleuse si elle dépend de faits que la banque ignore, à savoir l’intention subjective du tireur ou l’existence chez le tireur d’une croyance raisonnable que le preneur était une personne réelle.

[124] À notre avis, l’interprétation du par. 20(5) retenue dans les arrêts *Concrete Column* et *Boma* va à l’encontre des objectifs de négociabilité, de certitude et d’irrévocabilité qui sont au cœur de notre régime des lettres de change. En revanche, l’approche que nous préconisons vise à revigorer ces principes. Elle le fait en premier lieu en s’appuyant sur des contrôles en amont plutôt qu’en aval. Au lieu d’obliger la banque à confirmer l’intention subjective

place at the time the cheque is drawn. A drawer's internal controls are best positioned to weed out fraud before cheques enter into circulation, thus increasing negotiability and finality. In our view, it is more congruent with the purpose of the *BEA* to adopt an interpretation that encourages drawers, *prior* to the drawing of a cheque, to ensure that the cheque is drawn for a real transaction.

[125] Second, our proposed interpretation enhances negotiability, certainty, and finality by relying on objectively ascertainable meaning. It does not require a bank to go behind the face of the cheque. A bank's legal position will no longer depend on facts unknown to it. When a payee is not, in fact, a real person, the payee will be "non-existing" and the bank will be entitled to treat the cheque as payable to bearer. When a payee is a real person, but the drawer is not indebted to that payee (that is, there is no real transaction between the payee and drawer), the payee will be "fictitious". The party to bear the loss in a conversion claim is more easily determined, promoting finality and avoiding unnecessary and costly litigation.

[126] This Court should not continue to apply an interpretation of s. 20(5) that is inconsistent with the purpose of the *BEA* and the principles underlying our bills of exchange system.

#### D. Policy Support

[127] The policy rationales pulling in favour of our interpretation of "fictitious" and "non-existing" under s. 20(5) are significant. Our approach has the effect of allocating the loss resulting from cheque fraud on the party in the best position to detect and minimize such fraud, which is both effective and fair. Further, our approach would provide courts with a much simpler analytical framework. We will expand on these advantages in turn.

et la croyance du tireur, notre approche mise sur les contrôles en amont déjà présents au moment où le chèque est tiré. Les mesures de contrôle internes du tireur sont les plus aptes à écarter les fraudes avant la mise en circulation des chèques, ce qui accroît la négociabilité et l'irrévocabilité. À notre avis, une interprétation qui incite le tireur à s'assurer, *avant* de tirer un effet, que celui-ci correspond à une opération réelle, est plus en accord avec la *LLC*.

[125] En second lieu, l'interprétation que nous préconisons accroît la négociabilité, la certitude et l'irrévocabilité parce qu'elle se fonde sur des éléments objectivement vérifiables. Elle n'oblige pas la banque à aller au-delà de ce qu'indique de prime abord le chèque. La situation juridique de la banque ne dépend plus de faits qu'elle ignore. Le preneur qui, dans les faits, n'est pas une personne réelle est considéré comme une personne « qui n'existe pas », et la banque peut considérer le chèque comme payable au porteur. Le preneur qui est une personne réelle, mais auquel le tireur ne doit aucune somme (autrement dit, aucune opération véritable n'est intervenue entre le preneur et le tireur), est considéré comme une « personne fictive ». Il est alors plus facile, advenant une allégation de détournement, de déterminer laquelle des parties doit supporter la perte, ce qui favorise l'irrévocabilité et permet d'éviter des débats judiciaires coûteux et inutiles.

[126] Notre Cour ne devrait pas continuer à interpréter le par. 20(5) d'une façon qui est inconciliable avec la raison d'être de la *LLC* et avec les principes qui sous-tendent notre régime des lettres de change.

#### D. Considérations de principe qui militent en faveur de la démarche préconisée

[127] Les considérations de principe qui militent en faveur de notre interprétation du qualificatif « fictive » et de l'expression « qui n'existe pas » employés au par. 20(5) sont importantes. Notre approche a pour effet d'imputer la perte résultant d'une fraude par chèque à la personne la mieux placée pour déceler la fraude et la réduire au minimum, ce qui est à la fois efficace et juste. Elle offre en outre aux tribunaux un cadre analytique grandement simplifié. Nous développons ci-après chacun de ces avantages.

[128] First, our proposed approach allocates the risk of losses from cheque fraud to the party in the best position to detect and minimize such fraud. This is effective and fair. Under our objective approach, the risk of loss due to cheque fraud falls on the drawer. Where a drawer is fraudulently induced into drawing a cheque to the order of someone with whom the drawer has no real transaction, the drawer will bear the loss. It matters not whether the fraudster was an employee or a third party, whether the fraudster might be the “directing mind”, or whether the payee is real. In all such cases, the banks will be able to successfully avail themselves of the protection granted by s. 20(5) against an action in conversion by the drawer. By contrast, the effect of the current framework is to place the risk of loss resulting from cheque fraud entirely on the banks.

[129] In our view, the drawer is the party in the best position to detect and prevent cheque fraud. The drawer is able to implement cheque approval policies and fraud detection measures such as audits (*Boma* dissent, at para. 95). For example, as noted by Justice La Forest, the fraudulent employee in *Boma* was only able to continue her fraud because no audit was conducted (para. 95). Professor Ogilvie has come to similar conclusions:

The primary responsibility, *in fact*, for the fraud rests with the employer who has failed to provide either adequate accounting procedures or supervision for the employee so as to prevent fraud, or due diligence in employment of that person in the first place. [Emphasis in original.]

(M. H. Ogilvie, “The Tort of Conversion and the Collecting Bank: *Teva Canada Ltd. v. Bank of Nova Scotia*” (2012), 91 *Can. Bar Rev.* 733, at p. 734; see also M. Mohamed and J. McJannet, “The Employer, the Bank, and the Fraudster: Vicarious Liability and *Boma Manufacturing Ltd. v. CIBC*” (2005), 20 *B.F.L.R.* 465, at p. 477; Geva (2015), at p. 583.)

[128] Premièrement, notre approche impute le risque de perte à la personne la mieux placée pour déceler la fraude par chèque et la réduire au minimum. Cette solution est à la fois efficace et juste. Suivant notre approche objective, le risque qu’une perte résulte d’une fraude par chèque repose sur le tireur. Lorsqu’il est frauduleusement amené à faire un chèque payable à une personne avec laquelle il n’a pas conclu d’opération réelle, le tireur doit supporter la perte. Il importe peu que le fraudeur soit un employé ou un tiers, que le fraudeur soit l’« âme dirigeante » ou que le preneur soit une personne réelle. Dans tous ces cas, la banque pourra invoquer avec succès la défense prévue au par. 20(5) contre le tireur qui la poursuit pour détournement. À l’opposé, le cadre actuel impute entièrement aux banques le risque de pertes causées par des chèques frauduleux.

[129] Selon nous, le tireur est la personne la mieux placée pour déceler et prévenir la fraude par chèque. Le tireur peut adopter et mettre en application des politiques d’approbation des chèques, ainsi que des mesures de détection des fraudes, telles que des mesures de vérification (*Boma*, motifs des juges dissidents, par. 95). Par exemple, comme le fait observer le juge La Forest dans l’arrêt *Boma*, l’employée malhonnête avait pu poursuivre ses activités illégales uniquement parce qu’il n’y avait jamais eu de mesures de vérification (par. 95). Le professeur Ogilvie conclut dans le même sens :

[TRADUCTION] Le premier responsable de la fraude est *en fait* l’employeur qui a omis d’établir un mécanisme comptable adéquat ou de bien encadrer l’employé pour prévenir la fraude, ou qui a fait preuve de laxisme en embauchant cette personne au départ. [En italique dans l’original.]

(M. H. Ogilvie, « The Tort of Conversion and the Collecting Bank : *Teva Canada Ltd. v. Bank of Nova Scotia* » (2012), 91 *R. du B. can.* 733, p. 734; voir également M. Mohamed et J. McJannet, « The Employer, the Bank, and the Fraudster : Vicarious Liability and *Boma Manufacturing Ltd. v. CIBC* » (2005), 20 *B.F.L.R.* 465, p. 477; Geva (2015), p. 583.)

[130] By contrast, banks are not in the best position to prevent cheque fraud on the drawer. In fact, the ability of collecting banks “to confirm or challenge the identity of their customer has not improved in the 100 years or so since the problem of fictitious or non-existing payees first arose” (Crawford, at p. 22-50.21). Justice La Forest’s reasoning in this regard is apposite (*Boma*, at para. 95):

As between the employer/drawer and the accepting bank, the questions are who should bear the risk of any loss and who is in the best position to minimize that risk. The answer to both these questions must, I suggest, be the employer/drawer. . . . Since the named payee is generally a stranger to the bank, the requirement of an endorsement on the cheque will more often than not be ineffective in protecting against fraud. As demonstrated by the facts of this case, it is easy enough for the perpetrator to forge the endorsement of the named payee and there is no way for the bank to verify the authenticity of the signature. On the other hand, the drawer/employer is in a much better position to put a stop to fraud of this type and is at least in an equal position to bear any loss. . . . In short, the party in the best position to stop the fraudulent activity was, and generally is, the drawer/employer. In such a situation it makes sense to allocate the risk of loss to the drawer so that the proper steps can be taken to minimize such losses.

[131] Since drawers are in the best position to effectively minimize cheque fraud, it makes sense to provide incentives for them to do so. If they don’t, they bear the risk of loss. This puts the incentives where they are the most effective. In addition, allocating risk of loss to the party in the best position to prevent or stop fraud has greater fairness than assigning risk of loss to a party that can do comparatively little to address the fraud. Many commentators have noted that the current framework allocates loss in a way that is unfair and arbitrary (Crawford, at p. 22-34; Mohamed and McJannet, at p. 476; Ogilvie, at p. 735). This is especially true with respect to the collecting bank, which Professor Ogilvie has described as “likely the most innocent of all the parties” (p. 735). Whereas a drawee bank is bound by contract to the drawer, and will usually

[130] À l’opposé, les banques ne sont pas les mieux placées pour prévenir la fraude par chèque commise au détriment du tireur. En fait, la faculté des banques d’encaissement [TRADUCTION] « de confirmer ou de mettre en doute l’identité de leurs clients ne s’est pas accrue depuis que le problème du preneur fictif ou inexistant a vu le jour il y a une centaine d’années » (Crawford, p. 22-50.21). Le raisonnement du juge La Forest sur ce point est à propos (*Boma*, par. 95) :

En ce qui concerne l’employeur-tireur et la banque-accepteur, il faut se demander qui doit assumer le risque de perte et qui est le mieux placé pour réduire au minimum ce risque. À ces deux questions, il faut, selon moi, répondre : l’employeur-tireur. [ . . . ] Puisque le preneur nommé est généralement un étranger pour la banque, l’exigence d’endossement du chèque s’avère le plus souvent un moyen inefficace de la protéger contre la fraude. Comme le montrent les faits de la présente affaire, le fraudeur peut assez aisément falsifier l’endossement du preneur nommé et la banque n’a aucun moyen de vérifier l’authenticité de la signature. En revanche, l’employeur-tireur est beaucoup mieux placé pour mettre fin à ce genre de fraude et est au moins aussi bien placé pour assumer toute perte subie. [ . . . ] Bref, la partie la mieux placée pour mettre fin à l’activité frauduleuse était, et est en règle générale, l’employeur-tireur. En pareil cas, il est logique de faire assumer le risque de perte par le tireur de manière à pouvoir prendre les mesures appropriées pour réduire au minimum ces pertes.

[131] Le tireur étant le mieux placé dans les faits pour réduire au minimum la fraude par chèque, il est logique de l’y inciter. À défaut, on doit lui imputer le risque de perte. On incite ainsi à prendre des mesures en ce sens celui qui est le plus susceptible d’agir de manière efficace. De plus, imputer le risque de perte à celui qui est le mieux placé pour prévenir la fraude ou y mettre fin est plus juste que de l’imputer à celui qui, en comparaison, dispose de peu de moyens pour s’attaquer à la fraude. Selon de nombreux commentateurs, le cadre actuel répartit la perte de façon injuste et arbitraire (Crawford, p. 22-34; Mohamed et McJannet, p. 476; Ogilvie, p. 735), surtout dans le cas de la banque d’encaissement qui, selon le professeur Ogilvie, [TRADUCTION] « est probablement la plus innocente de toutes les parties » (p. 735). Alors que la banque tirée est



include protective clauses in that contract, the collecting bank does not have the benefit of any such protective clause. It has no contractual relationship with the drawer (Ogilvie, at p. 735).

[132] Our colleague expresses concern for small businesses, and suggests that banks are in a position to distribute the losses from fraud among many users. With respect, it is contrary to public policy to make bank customers the insurers against fraud for companies that fail to exercise effective control over the actions of their employees. Those very bank customers may themselves be small businesses or individuals. Moreover, small businesses are “in an excellent position to detect the fraud at an early stage and in that way minimize the loss” (*Boma* dissent, at para. 95). Encouraging them to do so is a more sound policy than asking bank customers to backstop sloppy management. We note as well that the drawer in this case is a large pharmaceutical company capable of refunding tens of millions of dollars to its customers. It is hardly a small business.

[133] Regardless of the size of business involved, all parties benefit from reducing fraud. Thus, we accept the importance of deterrence (see Mohamed and McJannet). As the drawer is in the best position to implement procedures that will deter fraud, we are of the view that the risk of loss should also rest with the drawer. Doing so places the incentive with the party who can take action.

[134] Our colleague points out that banks are significant beneficiaries of the bills of exchange system, and should therefore carry the risk of loss. We would place the risk of loss on the party best able to prevent it. Both businesses and banks benefit from the bills of exchange system. As Justice La Forest explained (*Boma*, at para. 96):

liée contractuellement au tireur et insère habituellement des clauses de protection dans ses contrats, la banque d'encaissement ne bénéficie pas d'une telle mesure de protection. Elle n'a pas de lien contractuel avec le tireur (Ogilvie, p. 735).

[132] Notre collègue dit s'inquiéter pour les petites entreprises et laisse entendre que les banques sont bien placées pour répartir entre un grand nombre d'utilisateurs la perte découlant d'une fraude. Avec égards, il est contraire aux considérations de principe pertinentes de faire du client bancaire un garant contre la fraude dont est victime une entreprise qui ne contrôle pas efficacement les actes de ses employés. Ce même client bancaire peut fort bien être lui-même une petite entreprise ou un simple particulier. Qui plus est, une petite entreprise est « très bien placé[e] pour déceler rapidement la fraude et pour réduire ainsi au minimum la perte » (*Boma*, motifs des juges dissidents, par. 95). L'encourager à agir de la sorte plutôt que de demander aux autres clients de la banque de pallier une mauvaise gestion est plus logique et de loin préférable. Signalons au passage que le tireur est en l'espèce une importante société pharmaceutique en mesure de rembourser des dizaines de millions de dollars à ses clients. Nous sommes loin d'une petite entreprise.

[133] Mais peu importe la taille de l'entreprise en cause, tous bénéficient de la diminution du nombre de fraudes. Nous convenons donc de l'importance de la dissuasion (voir Mohamed et McJannet). Comme le tireur est le mieux placé pour prendre des mesures de nature à décourager la fraude, nous sommes d'avis que c'est également lui qui devrait supporter toute perte éventuelle. Ce faisant, on incite à agir la partie qui est la plus en mesure de le faire.

[134] Notre collègue souligne que les banques bénéficient grandement du régime des lettres de change et qu'elles devraient donc se voir imputer le risque de perte. Nous croyons que c'est la partie la plus à même d'empêcher la perte qui devrait la supporter. Tant les entreprises que les banques bénéficient du régime des lettres de change. Comme l'explique le juge La Forest (*Boma*, par. 96) :

There is no doubt that the chartered banks, and trust companies for that matter, benefit from the existence of the chequing system. However it is also true that the business community in general also depends on the same chequing system to facilitate the function of commerce.

Allocating the risk of loss to banks simply because they would be better able to absorb the loss compared to their customers does little to prevent fraud at its source. Faced with two innocent parties, a much stronger justification exists for placing the risk of loss on the party best able to control that risk (*Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, at para. 54). Furthermore, corporate clients can benefit from fraud insurance, transferring the risk to an insurance company — another institution well placed to absorb any such losses.

[135] In summary, the drawer is in the best position to identify and detect fraud. Ergo, it is sound policy for the drawer to assume the risk of not doing so. We highlight, however, that under our approach, s. 20(5) will not always find application and thus the banks will not always have a defence. Our approach increases the scope of s. 20(5), but it does not make its application automatic. Rather, the effect of our interpretation is to limit successful actions in conversion to situations where the converted cheque is payable to a real person who is entitled to the proceeds of the cheque. This will happen for example where a person, whether an employee of the drawer or a third party, steals a cheque issued by the drawer for a real transaction and cashes it on a forged endorsement. In such cases, the loss is allocated to the banks by virtue of s. 48 of the *BEA*.

[136] The second policy rationale for our approach is that it simplifies the analysis to be performed *ex post facto* by courts to determine whether a payee is non-existing or fictitious under s. 20(5). The adoption of a subjective approach by Canadian jurisprudence has led courts to struggle with the question of whose intention is relevant, and, as in the present case, of whether the relevant intention can be presumed or inferred. In cases where non-existence has been in issue, courts have had to undertake a delicate analysis of whether the person whose intention was relevant

Il n'y a pas de doute que les banques à charte, tout comme les sociétés de fiducie, tirent profit de l'existence du régime de chèques. Toutefois, il est également vrai que le milieu des affaires en général compte lui aussi sur le même régime de chèques pour faciliter le commerce.

Imputer à la banque le risque de perte pour la seule raison qu'elle est plus à même que ses clients d'absorber la perte contribue peu à contrer la fraude à la source. En présence de deux parties innocentes, il est beaucoup plus justifié d'imputer le risque à la partie la mieux placée pour le contrôler (*Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, par. 54). De plus, les entreprises clientes peuvent s'assurer contre la fraude et transférer le risque à un assureur, qui est lui aussi bien placé pour absorber la perte.

[135] En résumé, le tireur est le mieux placé pour déceler la fraude. Il est donc logique que ce soit lui qui court le risque découlant de la non-détection d'une fraude. Soulignons toutefois que, suivant notre approche, le par. 20(5) ne trouvera pas toujours application, si bien que les banques ne disposeront pas toujours d'un moyen de défense. Notre démarche élargit la portée du par. 20(5), mais n'en rend pas l'application automatique. Elle circonscrit plutôt la situation dans laquelle la poursuite pour détournement pourra être fructueuse : celle où le chèque frauduleux est payable à une personne réelle qui a droit au montant du chèque. Tel sera le cas, par exemple, lorsqu'une personne — un employé du tireur ou un tiers — vole le chèque émis par le tireur en corrélation avec une opération réelle et l'encaisse sur la foi d'un endossement contrefait. En pareil cas, la perte est imputée à la banque suivant l'art. 48 de la *LLC*.

[136] La seconde considération de principe qui milite en faveur de notre démarche réside dans la simplification de l'analyse à laquelle doivent se livrer les tribunaux a posteriori pour décider si le preneur est une personne qui n'existe pas ou une personne fictive au sens du par. 20(5). Étant donné l'approche subjective retenue dans la jurisprudence canadienne, les cours ont dû traiter de façon laborieuse la question de l'intention, à savoir quelle est l'intention qui doit être prise en compte, et se demander, comme en l'espèce, si cette intention

had a reasonable and honest but mistaken belief that the payee was legitimate (e.g. *Westboro Flooring and Décor Inc. v. Bank of Nova Scotia* (2004), 71 O.R. (3d) 723 (C.A.)).

[137] In our view, the objective approach we propose avoids these convolutions. Under our approach, the court tasked with determining whether s. 20(5) applies to a cheque only has to assess whether the cheque was made to a payee who does not exist, or to a payee with whom the drawer has no real underlying transaction. This assessment is solely based on objective facts — not on anyone’s intention.

#### E. *Stare Decisis*

[138] The rule of precedent, or *stare decisis*, is essential to the common law. It “promotes predictability, reduces arbitrariness, and enhances fairness, by treating like cases alike” (*Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609, at para. 18). By safeguarding certainty and consistency, adherence to precedent allows for an orderly administration of justice predicated on the rule of law.

[139] Accordingly, this Court does not lightly depart from its own precedents. There must be compelling reasons to do so (*R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 849; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at pp. 1352-53; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 44; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at para. 130; *Craig*, at para. 25). The Court is especially reluctant to overturn recent precedents that are the product of strong majorities (*Fraser*, at para. 57; *Craig*, at para. 24; *Nishi v. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 SCC 33, [2013] 2 S.C.R. 438, at paras. 23-24).

[140] When deciding whether to overrule a precedent, this Court must balance the certainty that comes with adhering to precedent with the benefit of

peut être présumée ou déduite. Dans les affaires où le preneur était une personne qui n’existe pas, les tribunaux ont dû se livrer à une analyse subtile pour décider si la personne dont l’intention importante avait cru à tort, mais de bonne foi et de façon raisonnable, que le preneur avait droit à la somme (p. ex. *Westboro Flooring and Décor Inc. c. Bank of Nova Scotia* (2004), 71 O.R. (3d) 723 (C.A.)).

[137] À notre sens, l’approche objective que nous proposons permet d’éviter tous ces méandres. Grâce à elle, le tribunal appelé à décider si le par. 20(5) s’applique à un chèque n’a qu’à se demander si le chèque a été fait payable à un preneur qui n’existe pas ou à un preneur avec lequel le tireur n’a pas conclu de véritable opération sous-jacente. Cette appréciation est fondée uniquement sur des faits objectifs, non sur quelque intention que ce soit.

#### E. *Le stare decisis*

[138] Le principe du respect des précédents — ou *stare decisis* — est fondamental en common law. « En faisant en sorte que des affaires semblables reçoivent un traitement semblable, [il] favorise la prévisibilité et l’équité tout en limitant le recours à l’arbitraire » (*Sriskandarajah c. États-Unis d’Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609, par. 18). En assurant la certitude et la cohérence, le respect des précédents permet la bonne administration de la justice sur le fondement de la primauté du droit.

[139] La Cour n’écarte donc pas à la légère ses décisions antérieures; elle doit avoir des raisons impérieuses de le faire (*R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 849; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1352-1353; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 44; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 130; *Craig*, par. 25). La Cour répugne particulièrement à rompre avec des arrêts récents qui emportent l’assentiment d’une majorité claire de ses juges (*Fraser*, par. 57; *Craig*, par. 24; *Nishi c. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 CSC 33, [2013] 2 R.C.S. 438, par. 23-24).

[140] Lorsqu’elle s’interroge sur l’opportunité d’écartier l’une de ses propres décisions, la Cour doit mettre en balance la certitude qu’assure le respect

correcting the jurisprudence (*Craig*, at para. 27). The “benefits must outweigh the costs” (*Sriskandarajah*, at para. 19). As Justice Rothstein (concurring in the result) explained in *Fraser* (at paras. 133 and 139):

What the courts are doing when deciding whether to overrule a precedent is a balancing exercise between two important values: correctness and certainty. A court must ask whether it is preferable to adhere to an incorrect precedent to maintain certainty or to correct the error. . . .

. . . Fundamentally, the question in every case involves a balancing: Do the reasons in favour of following a precedent — such as certainty, consistency, predictability and institutional legitimacy — outweigh the need to overturn a precedent that is sufficiently wrong that it should not be upheld and perpetuated?

[141] Generally, adhering to precedent enshrines certainty. However, in some instances continued recognition of prior decisions has the effect of *creating* uncertainty. For example, in *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518, Dickson J. (as he then was) found that “adherence to the *stare decisis* principle would generate more uncertainty than certainty” and he therefore refused to follow it (p. 528). In that case, the continued recognition of the concept of *persona designata* “approved by this Court in *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [[1975] 1 S.C.R. 228], can only have the effect of creating doubt” (p. 528). Chief Justice Dickson later explained the rationale for the *Ranville* decision (*Bernard*, at p. 858):

The prior decision itself was a cause of uncertainty, and therefore following the prior decision because of *stare decisis* would be contrary to the underlying value behind that doctrine, namely, clarity and certainty in the law.

This view was echoed by Chief Justice Lamer in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, where he explained that justification for overruling precedent

d’un précédent et l’avantage que présente la rectification de la jurisprudence (*Craig*, par. 27). « Les avantages doivent [. . .] l’emporter sur les inconvénients » (*Sriskandarajah*, par. 19). Le juge Rothstein (souscrivant au résultat) l’explique comme suit dans l’arrêt *Fraser* (par. 133 et 139) :

Le tribunal appelé à décider s’il convient ou non d’écarter un précédent met en balance deux valeurs importantes : la décision correcte et la certitude. Il doit se demander s’il vaut mieux suivre une décision incorrecte dans l’intérêt de la certitude ou corriger l’erreur. . . .

. . . Fondamentalement, la question qui se pose chaque fois appelle une mise en balance : les motifs qui justifient le respect d’un précédent — comme la certitude, la cohérence, la prévisibilité et la légitimité institutionnelle — l’emportent-ils sur la nécessité d’écarter un précédent dont le caractère erroné justifie qu’il ne soit ni confirmé ni perpétué?

[141] En règle générale, le respect des décisions antérieures assure la certitude. Toutefois, dans certains cas, ce respect continu des décisions antérieures *crée* de l’incertitude. Ainsi, dans l’arrêt *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) opine que « suivre le principe du *stare decisis* créerait plus d’incertitude que de certitude » et il refuse donc de le suivre (p. 528), estimant que si l’on continuait à reconnaître le concept de *persona designata* « approuv[é] par [la] Cour dans l’arrêt *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [[1975] 1 R.C.S. 228], on ne peut que laisser planer des doutes » (p. 528). Le juge en chef Dickson précise dans un arrêt ultérieur les motifs qui sous-tendent l’arrêt *Ranville* (*Bernard*, p. 858) :

L’arrêt antérieur était lui-même une cause d’incertitude, de sorte que, en le suivant simplement par respect pour le principe du *stare decisis*, on se serait trouvé aller à l’encontre de la valeur fondamentale sous-tendant ce principe, c’est-à-dire celle de la clarté et de la certitude du droit.

Ce point de vue est repris dans l’arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, où le juge en chef Lamer explique que la Cour peut être justifiée d’infirmier un

may be found where “the rule or principle under consideration has created uncertainty or has become ‘unduly and unnecessarily complex and technical’” (p. 778).

[142] In our view, the instant appeal falls into this category. Adhering to *Concrete Column* and *Boma* creates, rather than ameliorates, uncertainty. There is “an excessive accumulation of technical precedents” (B. Geva, “Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC*” (1997), 28 *Can. Bus. L.J.* 177, at p. 197) which lay down unnecessarily complex and elusive rules. This has undermined certainty as courts have struggled to apply the subjective approach adopted in *Concrete Column* and *Boma*.

[143] While both *Concrete Column* and *Boma* consider subjective intention, each relies on, and attributes to the drawer, the subjective intention of a different corporate actor. In *Concrete Column*, the majority attributed the intention of the company’s signing officer to the drawer. The cheques at issue were prepared fraudulently by a payroll clerk at the company, but were signed mechanically by an officer. Based on the signing officer’s intention, the Court presumed that the drawer intended to issue cheques and thus found the fictitious payee defence inapplicable. But in *Boma*, regarding cheques issued to imaginary persons, Justice Iacobucci held that the intention of a signing officer of the company was not relevant (para. 40). Rather, the “relevant intention” is that of the “directing mind of the corporate” drawer (para. 40).

[144] This inconsistency added to the difficulty in applying *Concrete Column* and *Boma*. Courts have struggled to determine whose intention is relevant and whether the relevant intention can be presumed or inferred. For example, in *Metroland Printing, Publishing & Distribution Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2001), 14 B.L.R. (3d) 212 (Ont. S.C.J.), aff’d (2002), 158 O.A.C. 111, the court presumed that the drawer intended to pay non-existing payees, even though no guiding mind

arrêt antérieur lorsque « le principe en cause [a] causé une incertitude ou [est] devenu “inutilement et indûment complexe et formaliste” » (p. 778).

[142] La présente affaire appartient selon nous à cette catégorie. Suivre les arrêts *Concrete Column* et *Boma* crée l’incertitude au lieu d’y remédier. [TRADUCTION] « Un trop grand nombre de précédents de nature technique » (B. Geva, « Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC* » (1997), 28 *Rev. can. dr. comm.* 177, p. 197) établissent des règles inutilement vagues et complexes, ce qui affaiblit la certitude, les tribunaux s’efforçant d’appliquer la méthode subjective issue des arrêts *Concrete Column* et *Boma*.

[143] Bien que les arrêts *Concrete Column* et *Boma* tiennent compte de l’intention subjective, dans chacun d’eux, la Cour attribue au tireur l’intention subjective d’un représentant de l’entreprise différent et se fonde sur cette intention. Dans *Concrete Column*, les juges majoritaires ont imputé au tireur l’intention du signataire autorisé de la société. Les chèques en cause avaient été préparés frauduleusement par un commis à la paie, puis signés mécaniquement par un dirigeant. Invoquant l’intention du préposé autorisé à signer les chèques, la Cour présume que le tireur a eu l’intention d’émettre les chèques, de sorte qu’elle juge irrecevable la défense du preneur fictif. Par contre, dans *Boma*, s’agissant de chèques payables à des personnes aux noms inventés, le juge Iacobucci a statué que l’intention du signataire du chèque importait peu (par. 40) et que l’« intention pertinente » est celle de « l’âme dirigeante » de la personne morale qui a tiré le chèque (par. 40).

[144] Cette contradiction ajoute à la difficulté d’appliquer les arrêts *Concrete Column* et *Boma*. Les tribunaux ont du mal à décider quelle est l’intention qui doit être prise en compte et si cette intention peut être présumée ou déduite. Par exemple, dans *Metroland Printing, Publishing & Distribution Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2001), 14 B.L.R. (3d) 212 (C.S.J. Ont.), conf. par (2002), 158 O.A.C. 111, le tribunal présume que le tireur avait l’intention de payer des preneurs qui n’existaient pas,

or officer of the company reviewed the cheques. And in *Westboro Flooring & Décor Inc. v. Bank of Nova Scotia*, 2002 CanLII 7479 (Ont. S.C.J.), aff'd (2004), 71 O.R. (3d) 723 (C.A.), the Court of Appeal for Ontario inferred that the drawer formed an honest but mistaken belief regarding the cheques despite only mentioning the company's signing officer, not its guiding mind. However, in a more recent decision of that court, it held that the drawer's honest but mistaken belief could not be inferred or presumed because "no one responsible for running [the company] considered any of the cheques" (*Rouge Valley Health System v. TD Canada Trust*, 2012 ONCA 17, 108 O.R. (3d) 561, at para. 40).

[145] Even if a court successfully discerns whose subjective intention is pertinent to each branch of s. 20(5), courts may have difficulty identifying the guiding mind of a corporate drawer. Justice Iacobucci did not define the term "guiding mind" — "its boundaries are not clear" (Geva (2015), at p. 583). Even if the guiding mind is identified, rightly or wrongly, a court may have difficulty determining "what was in the employer's mind as to the payee when the cheque was drawn" (Ogilvie, at p. 742). In other words, proving his or her intention may require costly litigation fraught with uncertainty.

[146] The objective approach we propose avoids these uncertainties. Under our approach, the court tasked with determining whether s. 20(5) applies to a cheque only has to assess whether the cheque was made to a payee who does not exist, or to a payee with whom the drawer has no real underlying transaction. This assessment, which is solely based on objective facts and not on anyone's intention, will add much needed predictability to the s. 20(5) analysis. Thus, in this case, we are of the view that departing from precedent will increase certainty.

[147] Turning to the correctness side of the balancing exercise, we are of the view that overruling *Concrete Column* and *Boma* offers a needed

même si aucun dirigeant ou « âme dirigeante » de l'entreprise n'avait examiné les chèques. Et dans l'arrêt *Westboro Flooring & Décor Inc. c. Bank of Nova Scotia*, 2002 CanLII 7479 (C.S.J. Ont.), conf. par (2004), 71 O.R. (3d) 723 (C.A.), la Cour d'appel de l'Ontario a inféré que le tireur avait une croyance sincère mais erronée au sujet des chèques même si elle ne fait mention que du signataire autorisé de l'entreprise, et non de son âme dirigeante. Toutefois, dans un arrêt plus récent, la même Cour d'appel de l'Ontario estime que l'on ne peut inférer ou présumer la croyance sincère mais erronée du tireur parce qu'[TRADUCTION] « aucun membre de la direction de l'entreprise n'a examiné les chèques » (*Rouge Valley Health System c. TD Canada Trust*, 2012 ONCA 17, 108 O.R. (3d) 561, par. 40).

[145] Même lorsqu'elle arrive à déterminer quelle intention subjective importe pour l'application de chacun des volets du par. 20(5), une cour peut avoir du mal à identifier l'âme dirigeante de la personne morale qui a tiré les chèques. Le juge Iacobucci ne définit pas le terme « âme dirigeante », une notion dont [TRADUCTION] « la délimitation demeure incertaine » (Geva (2015), p. 583). Et même si elle identifie l'âme dirigeante, correctement ou erronément, une cour peut éprouver des difficultés à déterminer [TRADUCTION] « ce que l'employeur avait en tête au sujet du preneur lorsque le chèque a été tiré » (Ogilvie, p. 742). En d'autres termes, prouver l'intention du tireur peut nécessiter une poursuite coûteuse à l'issue incertaine.

[146] L'approche objective que nous préconisons fait disparaître toute incertitude. En effet, le tribunal appelé à décider si le par. 20(5) s'applique à un chèque n'a qu'à se demander si le chèque a été fait payable à un preneur qui n'existe pas ou avec lequel le tireur n'a pas conclu de véritable opération sous-jacente. Fondée uniquement sur des faits objectifs à l'exclusion de l'intention de qui que ce soit, cette approche répond à un besoin criant de prévisibilité dans l'application du par. 20(5). Dès lors, dans le cas qui nous occupe, nous estimons que s'écarter des précédents accroît la certitude.

[147] En ce qui a trait à l'étape de la mise en balance, nous croyons qu'infirmes les arrêts *Concrete Column* et *Boma* correspond à la mesure nécessaire

course correction that will return the jurisprudence to a proper interpretation of s. 20(5). Our objective approach mirrors that found in *Vagliano* — the intention of the parties charged is not relevant, and where there is no genuine transaction the bank is entitled to treat the bill as payable to bearer. As we have explained, this interpretation is grounded in the text and history of the provision.

[148] Further, as we have explained, our approach aligns with the purpose of the bills of exchange system as guided by the *BEA*: negotiability, certainty, and finality. The interpretation in *Concrete Column* and *Boma* does not. A precedent's failure to align with legislative purpose is a compelling reason to depart from *stare decisis* (*Henry*, at para. 45).

[149] Overturning precedent in this case is supported by additional factors. For example, significant judicial and academic criticism may justify abandoning precedent (*Craig*, at para. 29; *Rascal Trucking*, at para. 28; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683, at para. 39). Here, there has been both. Justice La Forest, supported by Justice McLachlin (as she then was), offered such a criticism of *Concrete Column* in *Boma*.

[150] Tellingly, Falconbridge's text, relied upon by the majority in *Concrete Column*, responded in its 8th edition by supporting the dissenting opinions: ". . . the reasoning of the dissents is more likely to do justice" (p. 1261). And the majority's interpretation of "fictitious", based on the intention of the drawer, has been described as "hardly plausible" (Geva (1978), at p. 424).

[151] The academic criticism has only grown following *Boma*. It has been the subject of "continuous" and "harsh" criticism (Mohamed and McJannet, at pp. 466 and 476). There have been repeated pleas for

pour ramener la jurisprudence à une interprétation correcte du par. 20(5). Notre approche objective reprend celle de l'arrêt *Vagliano* : l'intention de la personne à qui la somme est imputée n'est pas pertinente, et à défaut d'une opération véritable, la banque peut considérer l'effet comme payable au porteur. Rappelons que cette interprétation prend appui tant sur le libellé de la disposition que sur son historique.

[148] De plus, rappelons-le, notre démarche est conforme aux objectifs du régime des lettres de change qui ressortent de la *LLC*, à savoir la négociabilité, la certitude et l'irrévocabilité, contrairement à l'interprétation retenue par la Cour dans les arrêts *Concrete Column* et *Boma*. L'incompatibilité d'un précédent avec un objectif législatif justifie amplement que l'on s'écarte du *stare decisis* (*Henry*, par. 45).

[149] D'autres éléments justifient en l'espèce que l'on infirme des arrêts antérieurs. Par exemple, d'importantes critiques judiciaires et doctrinales peuvent justifier la mise à l'écart d'un précédent (*Craig*, par. 29; *Rascal Trucking*, par. 28; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, par. 39). En l'espèce, les critiques émanent tant des tribunaux que des auteurs. Dans *Boma*, le juge La Forest, avec l'appui de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), critique ainsi *Concrete Column*.

[150] Fait révélateur, dans la huitième édition de l'ouvrage de Falconbridge, sur lequel se fondent les juges majoritaires dans *Concrete Column*, l'auteur réagit en se rangeant à l'avis des juges dissidents : [TRADUCTION] « . . . le raisonnement des juges dissidents est davantage susceptible de rendre justice aux parties » (p. 1261). Par ailleurs, le sens que les juges majoritaires attribuent au qualificatif « fictive » en se basant sur l'intention du tireur est qualifié de [TRADUCTION] « peu vraisemblable » (Geva (1978), p. 424).

[151] Les critiques des auteurs n'ont fait que s'accroître après l'arrêt *Boma*, la Cour faisant alors l'objet de [TRADUCTION] reproches « constants » et « virulents » (Mohamed et McJannet, p. 466 et 476).

this Court to revisit its interpretation of s. 20(5) (see e.g. Ogilvie, at p. 745; Geva (2015), at p. 593).

[152] Many of the specific concerns identified in scholarly publications have been noted elsewhere in these reasons. It is sufficient here to point out two themes that emerge. First, the interpretation of s. 20(5) embraced by the majority in *Concrete Column* and *Boma* undermines negotiability, a purpose behind the bills of exchange system (see e.g. Rafferty and Hamilton; Crawford, at p. 22-50.18d). Second, the Court has “failed to see the forest for the trees” (Geva (1997), at p. 197). The meaning of s. 20(5) “has been buried under an avalanche of rules, sub-rules, and distinctions, which may not be always easily appreciated” (B. Geva, “The Fictitious Payee After *Teva v. BMO*: Has the Pendulum Swung Back Far Enough?” (2016), 31 *B.F.L.R.* 607, at p. 619). As Professor Ogilvie opines (at p. 744):

Top courts appear to have lost sight of what these cases are about, perhaps because they have been mesmerized by small factual distinctions in the means by which the defalcations have been executed, technical interpretations of the *BEA* somewhat distant from the original intentions of the draftsman, and possibly even too great a desire to ensure that a bank pays rather than a customer, notwithstanding that it will be the bank’s other customers who will bear the loss caused by the fraud rather than the employer who was in the best position to prevent and to detect early any fraudulent conduct.

[153] In summary, we are of the view that *Concrete Column* and *Boma* ought to be overturned in favour of the objective approach we have proposed. The balancing of certainty and correctness heavily favours doing so. Decades of academic and judicial criticism plot the course. And the earlier jurisprudence reveals a path.

[154] We note that an objective approach to “fictitious” would be dispositive in this case (none of the cheques were for an underlying transaction). Thus it is not strictly necessary to overrule the subjective

On a maintes fois exhorté la Cour à reconsidérer son interprétation du par. 20(5) (voir p. ex. Ogilvie, p. 745; Geva (2015), p. 593).

[152] Les présents motifs font état de bon nombre des doléances exprimées par les auteurs. Qu’il suffise d’en mentionner deux. D’abord, l’interprétation majoritaire du par. 20(5) dans les arrêts *Concrete Column* et *Boma* compromet la négociabilité, soit l’un des objectifs du régime des lettres de change (voir p. ex. Rafferty et Hamilton; Crawford, p. 22-50.18d). Ensuite, la Cour [TRADUCTION] « a échoué à dégager une vue d’ensemble de la question » (Geva (1997), p. 197). Le sens du par. 20(5) [TRADUCTION] « s’est retrouvé enfoui sous un amoncellement de règles, sous-règles et distinctions qui ne sont pas toujours d’application facile » (B. Geva, « The Fictitious Payee After *Teva v. BMO*: Has the Pendulum Swung Back Far Enough? » (2016), 31 *B.F.L.R.* 607, p. 619). Comme l’explique le professeur Ogilvie (à la p. 744) :

[TRADUCTION] Les tribunaux supérieurs semblent avoir perdu de vue les faits propres à ces affaires, peut-être parce qu’ils ont été obnubilés par de subtiles distinctions factuelles entre les moyens employés pour commettre les malversations, par des interprétations techniques de la *LLC* quelque peu éloignées de l’intention initiale du législateur et, peut-être même, par la volonté exagérée de faire en sorte que la banque, et non le client, paie, et ce, malgré le fait que ce sont les autres clients de la banque qui assumeront la perte causée par la fraude plutôt que l’employeur, qui était la personne la mieux placée pour prévenir et déceler au départ tout comportement frauduleux.

[153] En résumé, nous sommes d’avis qu’il y a lieu d’infirmes les arrêts *Concrete Column* et *Boma* et d’adopter l’approche objective que nous proposons. La mise en balance de la certitude du droit et de la rectification d’une erreur milite fortement en faveur d’un tel revirement. Des décennies de critiques doctrinales et judiciaires ont tracé la voie, sans compter que la jurisprudence antérieure offre des balises.

[154] Nous signalons qu’une interprétation objective du qualificatif « fictive » permettrait de résoudre le litige dans la présente affaire, aucun des chèques ne correspondant à une opération sous-jacente. Il



approach to “non-existent” introduced in *Boma*. However, adopting an objective approach to fictitious would, as we have explained, make the *Boma* approach to non-existence moot. In the interest of clarity in the jurisprudence, we would explicitly overrule *Boma*.

#### F. *Application*

[155] In the instant case, the payees PCE Pharmacare and Pharma Team System were invented by McConachie and did not in fact exist. They are therefore non-existing under s. 20(5). The payees London Drugs, Pharma Ed Advantage, Medical Pharmacies Group, and Pharmachoice are real entities. However, the cheques were for false purchase orders (Whitaker J., 2014 ONSC 828, at para. 12 (CanLII)), and thus there were no underlying transactions with the payees. Accordingly, all payees in this second group were fictitious under s. 20(5). In the result, the banks were entitled to treat all the cheques as payable to bearer.

#### III. Disposition

[156] We would dismiss the appeal, and overrule *Concrete Column* and *Boma*.

*Appeal allowed with costs, McLACHLIN C.J. and WAGNER, CÔTÉ and ROWE JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Fred Tayar & Associates, Toronto; Langlois Lawyers, Montréal.*

*Solicitors for the respondent TD Canada Trust: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the respondent the Bank of Nova Scotia: Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Solicitors for the intervener: Liebman Légal Inc., Montréal.*

n’est donc pas absolument nécessaire d’écarter l’interprétation subjective de l’expression « qui n’existe pas » dans l’arrêt *Boma*. Cependant, l’interprétation objective de ce qualificatif rend théorique, comme nous l’expliquons précédemment, l’interprétation de l’expression « qui n’existe pas » retenue dans l’arrêt *Boma*. Pour assurer la clarté de la jurisprudence, nous sommes d’avis d’écarter explicitement l’arrêt *Boma*.

#### F. *Application*

[155] Dans le cas qui nous occupe, les preneurs PCE Pharmacare et Pharma Team System ont été inventés de toutes pièces par M. McConachie et n’existaient pas dans les faits. Il s’agissait donc de personnes qui n’existent pas au sens du par. 20(5). Les preneurs London Drugs, Pharma Ed Advantage, Medical Pharmacies Group et Pharmachoice sont des entités réelles. Or, les chèques ont été établis sur la foi de faux bons de commande (le juge Whitaker, 2014 ONSC 828, par. 12 (CanLII)), et aucunes opérations sous-jacentes ne sont intervenues avec ces preneurs. Par conséquent, tous les preneurs de ce second groupe étaient des personnes fictives au sens du par. 20(5), si bien que les banques pouvaient considérer tous les chèques comme payables au porteur.

#### III. Dispositif

[156] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi et d’écarter les arrêts *Concrete Column* et *Boma*.

*Pourvoi accueilli avec dépens, la juge en chef McLACHLIN et les juges WAGNER, CÔTÉ et ROWE sont dissidents.*

*Procureurs de l’appelante : Fred Tayar & Associates, Toronto; Langlois avocats, Montréal.*

*Procureurs de l’intimée TD Canada Trust : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l’intimée la Banque de Nouvelle-Écosse : Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Procureurs de l’intervenante : Liebman Légal Inc., Montréal.*

**Benjamin Robinson** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. ROBINSON**

**2017 SCC 52**

File No.: 37411.

2017: October 30.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Misapprehension of evidence — Accused convicted of perjury — Court of Appeal holding that trial judge’s findings not unreasonable and that trial judge did not misapprehend evidence — Conviction upheld.*

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Willcock and Goepel JJ.A.), 2017 BCCA 6, 344 C.C.C. (3d) 176, [2017] B.C.J. No. 33 (QL), 2017 CarswellBC 31 (WL Can.), affirming the conviction entered by Smith J., 2015 BCSC 433, 19 C.R. (7th) 165, [2015] B.C.J. No. 530 (QL), 2015 CarswellBC 714 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

*Elizabeth France and Michael Sobkin*, for the appellant.

*Richard C. C. Peck, Q.C., Eric V. Gottardi and Tony C. Paisana*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] ABELLA J. — A majority would dismiss the appeal substantially for the reasons of the majority in the Court of Appeal. Justice Côté, dissenting, would order a new trial for substantially the reasons of Willcock J.A.

**Benjamin Robinson** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. ROBINSON**

**2017 CSC 52**

N° du greffe : 37411.

2017 : 30 octobre.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Mauvaise appréciation de la preuve — Accusé déclaré coupable de parjure — Décision de la Cour d’appel portant que les conclusions du juge du procès n’étaient pas déraisonnables et que ce dernier n’avait pas mal apprécié la preuve — Déclaration de culpabilité confirmée.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Willcock et Goepel), 2017 BCCA 6, 344 C.C.C. (3d) 176, [2017] B.C.J. No. 33 (QL), 2017 CarswellBC 31 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité inscrite par le juge Smith, 2015 BCSC 433, 19 C.R. (7th) 165, [2015] B.C.J. No. 530 (QL), 2015 CarswellBC 714 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

*Elizabeth France et Michael Sobkin*, pour l’appellant.

*Richard C. C. Peck, c.r., Eric V. Gottardi et Tony C. Paisana*, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE ABELLA — Nous sommes d’avis, à la majorité, de rejeter l’appel, essentiellement pour les motifs exposés par les juges majoritaires de la Cour d’appel. La juge Côté, dissidente, aurait pour sa part ordonné la tenue d’un nouveau procès, principalement pour les motifs du juge d’appel Willcock.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Sugden, McFee & Roos, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Peck and Company, Vancouver.*

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : Sugden, McFee & Roos, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée : Peck and Company, Vancouver.*

**Kwesi Millington** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. MILLINGTON**

**2017 SCC 53**

File No.: 37235.

2017: October 30.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Misapprehension of evidence — Issue estoppel — Abuse of process — Accused and three other RCMP officers charged with perjury after providing inaccurate testimony at inquest into death of visitor tasered by accused at airport — Separate trials held — Accused and another officer convicted but two officers acquitted — Court of Appeal holding that trial judge committed no reviewable errors in findings of fact, did not misapprehend evidence and did not err in allowing Crown to pursue issue of collusion at trial of accused — Conviction upheld.*

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Lowry, Harris and Dickson JJ.A.), 2016 BCCA 293, [2016] B.C.J. No. 1491 (QL), 2016 CarswellBC 1942 (WL Can.), affirming the conviction entered by Ehrcke J., 2015 BCSC 515, [2015] B.C.J. No. 627 (QL), 2015 CarswellBC 867 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

*Glen Orris, Q.C.*, for the appellant.

*Richard C. C. Peck, Q.C., Eric V. Gottardi and Tony C. Paisana*, for the respondent.

**Kwesi Millington** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. MILLINGTON**

**2017 CSC 53**

N° du greffe : 37235.

2017 : 30 octobre.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Mauvaise appréciation de la preuve — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Abus de procédure — Accusations de parjure déposées contre l'accusé et trois autres agents de la GRC pour témoignages inexacts fournis lors d'une enquête concernant le décès d'un visiteur dans un aéroport par suite de l'utilisation contre celui-ci d'un pistolet paralysant par l'accusé — Tenue de procès distincts — Déclaration de culpabilité inscrite contre l'accusé et un autre agent mais acquittement prononcé en faveur des deux autres agents — Décision de la Cour d'appel portant que les conclusions de fait du juge du procès n'étaient entachées d'aucune erreur révisable, que ce dernier n'avait pas mal apprécié la preuve et qu'il n'avait pas commis d'erreur en permettant à la Couronne de soulever la question de la collusion au procès de l'accusé — Déclaration de culpabilité confirmée.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Lowry, Harris et Dickson), 2016 BCCA 293, [2016] B.C.J. No. 1491 (QL), 2016 CarswellBC 1942 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité inscrite par le juge Ehrcke, 2015 BCSC 515, [2015] B.C.J. No. 627 (QL), 2015 CarswellBC 867 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

*Glen Orris, c.r.*, pour l'appelant.

*Richard C. C. Peck, c.r., Eric V. Gottardi et Tony C. Paisana*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] ABELLA J. — A majority would dismiss the appeal substantially for the reasons of the Court of Appeal. Justice Côté, dissenting, would have ordered a new trial on the basis that the finding of collusion was unreasonable and tainted the other findings of the trial judge.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Glen Orris, Q.C. Law Corp., Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Peck and Company, Vancouver.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE ABELLA — Nous sommes d’avis, à la majorité, de rejeter l’appel, essentiellement pour les motifs exposés par la Cour d’appel. La juge Côté, dissidente, aurait pour sa part ordonné la tenue d’un nouveau procès, pour le motif que la conclusion selon laquelle il y a eu collusion était déraisonnable et a vicié les autres conclusions du juge du procès.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l’appellant : Glen Orris, Q.C. Law Corp., Vancouver.*

*Procureurs de l’intimée : Peck and Company, Vancouver.*

**Ktunaxa Nation Council and  
Kathryn Teneese, on their own behalf and  
on behalf of all citizens of the Ktunaxa  
Nation** *Appellants*

v.

**Minister of Forests, Lands and Natural  
Resource Operations and Glacier Resorts  
Ltd.** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Saskatchewan,  
Canadian Muslim Lawyers Association,  
South Asian Legal Clinic of Ontario,  
Kootenay Presbytery (United Church  
of Canada), Evangelical Fellowship  
of Canada, Christian Legal Fellowship,  
Alberta Muslim Public Affairs Council,  
Amnesty International Canada,  
Te'mexw Treaty Association,  
Central Coast Indigenous Resource Alliance,  
Shibogama First Nations Council,  
Canadian Chamber of Commerce,  
British Columbia Civil Liberties Association,  
Council of the Passamaquoddy Nation  
at Schoodic, Katzie First Nation,  
West Moberly First Nations and Prophet  
River First Nation** *Interveners*

**INDEXED AS: KTUNAXA NATION v. BRITISH  
COLUMBIA (FORESTS, LANDS AND NATURAL  
RESOURCE OPERATIONS)**

**2017 SCC 54**

File No.: 36664.

2016: December 1; 2017: November 2.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

**Ktunaxa Nation Council et  
Kathryn Teneese, en leur propre nom  
et au nom de tous les citoyens de la Ktunaxa  
Nation** *Appelants*

c.

**Minister of Forests, Lands and Natural  
Resource Operations et Glacier Resorts  
Ltd.** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général de la Saskatchewan,  
Association canadienne des avocats musulmans,  
South Asian Legal Clinic of Ontario,  
Kootenay Presbytery (United Church  
of Canada), Alliance évangélique du Canada,  
Alliance des chrétiens en droit,  
Alberta Muslim Public Affairs Council,  
Amnistie internationale (Canada),  
Te'mexw Treaty Association, Central Coast  
Indigenous Resource Alliance,  
Shibogama First Nations Council,  
Chambre de commerce du Canada,  
British Columbia Civil Liberties Association,  
Council of the Passamaquoddy Nation  
at Schoodic, Katzie First Nation,  
West Moberly First Nations et Prophet River  
First Nation** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : KTUNAXA NATION c. COLOMBIE-  
BRITANNIQUE (FORESTS, LANDS AND NATURAL  
RESOURCE OPERATIONS)**

**2017 CSC 54**

N° du greffe : 36664.

2016 : 1<sup>er</sup> décembre; 2017 : 2 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown  
et Rowe.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — First Nation alleging that ski resort project would drive spirit central to their religious beliefs from their traditional territory — Provincial government approving ski resort despite claim by First Nation that development would breach right to freedom of religion — Whether Minister’s decision violates s. 2(a) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Constitutional law — Aboriginal rights — Crown — Duty to consult — Provincial government approving ski resort despite claim by First Nation that development would breach constitutional right to protection of Aboriginal interests — Whether Minister’s decision that Crown had met duty to consult and accommodate was reasonable — Constitution Act, 1982, s. 35.*

The Ktunaxa are a First Nation whose traditional territories include an area in British Columbia that they call Qat’muk. Qat’muk is a place of spiritual significance for them because it is home to Grizzly Bear Spirit, a principal spirit within Ktunaxa religious beliefs and cosmology. Glacier Resorts sought government approval to build a year-round ski resort in Qat’muk. The Ktunaxa were consulted and raised concerns about the impact of the project, and as a result, the resort plan was changed to add new protections for Ktunaxa interests. The Ktunaxa remained unsatisfied, but committed themselves to further consultation. Late in the process, the Ktunaxa adopted the position that accommodation was impossible because the project would drive Grizzly Bear Spirit from Qat’muk and therefore irrevocably impair their religious beliefs and practices. After efforts to continue consultation failed, the respondent Minister declared that reasonable consultation had occurred and approved the project. The Ktunaxa brought a petition for judicial review of the approval decision on the grounds that the project would violate their constitutional right to freedom of religion, and that the Minister’s decision breached the Crown’s duty of consultation and accommodation. The chambers judge dismissed the petition, and the Court of Appeal affirmed that decision.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Allégation d’une première nation selon laquelle un projet de station de ski chasserait de son territoire traditionnel un esprit qui est au cœur de ses croyances religieuses — Approbation par le gouvernement provincial de l’aménagement d’une station de ski malgré la prétention d’une première nation selon laquelle l’aménagement porterait atteinte à son droit à la liberté de religion — La décision du Ministre viole-t-elle l’art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés?*

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Couronne — Obligation de consulter — Approbation par le gouvernement provincial de l’aménagement d’une station de ski malgré la prétention d’une première nation selon laquelle l’aménagement porterait atteinte à son droit constitutionnel à la protection des intérêts autochtones — La décision du Ministre que la Couronne s’est acquittée de son obligation de consulter et d’accommoder était-elle raisonnable? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.*

Les Ktunaxa forment une première nation dont le territoire traditionnel comprend un secteur de la Colombie-Britannique qu’ils appellent le Qat’muk. Le Qat’muk est un lieu d’importance spirituelle pour eux car il abrite l’Esprit de l’Ours Grizzly, un esprit principal des croyances religieuses et de la cosmologie des Ktunaxa. Glacier Resorts a demandé au gouvernement l’autorisation de construire une station de ski ouverte à longueur d’année dans le Qat’muk. Les Ktunaxa ont été consultés et ils ont fait part de leurs préoccupations quant aux répercussions du projet. À la suite de ces consultations, le projet a été modifié par l’ajout de nouvelles protections à l’égard des intérêts des Ktunaxa. Les Ktunaxa sont demeurés insatisfaits, mais ils se sont engagés à participer à de nouvelles consultations. Vers la fin du processus, les Ktunaxa ont estimé qu’il était impossible d’arriver à un compromis parce que le projet chasserait l’Esprit de l’Ours Grizzly du Qat’muk et porterait par le fait même irrémédiablement atteinte à leurs croyances et pratiques religieuses. Après qu’on eut essayé en vain de poursuivre les consultations, le Ministre intimé a déclaré qu’il y avait eu une consultation raisonnable et a approuvé le projet. Les Ktunaxa ont présenté une requête en contrôle judiciaire de l’approbation au motif que le projet violerait leur droit constitutionnel à la liberté de religion et que la décision du Ministre manquait à l’obligation de consultation et d’accommodement qui incombe à la Couronne. Le juge en chambre a rejeté la requête et la Cour d’appel a confirmé cette décision.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ.: The Minister's decision does not violate the Ktunaxa's s. 2(a) *Charter* right to freedom of religion. In this case, the Ktunaxa's claim does not fall within the scope of s. 2(a) because neither the Ktunaxa's freedom to hold their beliefs nor their freedom to manifest those beliefs is infringed by the Minister's decision to approve the project.

To establish an infringement of the right to freedom of religion, the claimant must demonstrate (1) that he or she sincerely believes in a practice or belief that has a nexus with religion, and (2) that the impugned state conduct interferes, in a manner that is non-trivial or not insubstantial, with his or her ability to act in accordance with that practice or belief. In this case, the Ktunaxa sincerely believe in the existence and importance of Grizzly Bear Spirit. They also believe that permanent development in Qat'muk will drive this spirit from that place.

The second part of the test, however, is not met. The Ktunaxa must show that the Minister's decision to approve the development interferes either with their freedom to believe in Grizzly Bear Spirit or their freedom to manifest that belief. Yet the Ktunaxa are not seeking protection for the freedom to believe in Grizzly Bear Spirit or to pursue practices related to it. Rather, they seek to protect the presence of Grizzly Bear Spirit itself and the subjective spiritual meaning they derive from it. This is a novel claim that would extend s. 2(a) beyond its scope and would put deeply held personal beliefs under judicial scrutiny. The state's duty under s. 2(a) is not to protect the object of beliefs or the spiritual focal point of worship, such as Grizzly Bear Spirit. Rather, the state's duty is to protect everyone's freedom to hold such beliefs and to manifest them in worship and practice or by teaching and dissemination.

In addition, the Minister's decision that the Crown had met its duty to consult and accommodate under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* was reasonable. The Minister's decision is entitled to deference. A court reviewing an administrative decision under s. 35 does not decide the constitutional issue *de novo* raised in isolation on a standard of correctness, and therefore does not decide the issue for itself. Rather, it must ask whether the decision maker's finding on the issue was reasonable.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe : La décision du Ministre ne viole pas le droit à la liberté de religion garanti aux Ktunaxa par l'al. 2a) de la *Charte*. En l'espèce, la revendication des Ktunaxa ne relève pas de cette disposition car la décision du Ministre d'approuver le projet ne porte atteinte ni à la liberté des Ktunaxa d'avoir leurs croyances ni à leur liberté de manifester ces croyances.

Pour démontrer qu'il y a atteinte au droit à la liberté de religion, le demandeur doit établir (1) qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion, et (2) que la conduite qu'il reproche à l'État nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance. Dans la présente affaire, les Ktunaxa croient sincèrement en l'existence et l'importance de l'Esprit de l'Ours Grizzly. Ils croient aussi qu'un aménagement permanent à l'intérieur du Qat'muk en chassera cet esprit.

Il n'est toutefois pas satisfait au second volet du critère. Les Ktunaxa doivent démontrer que la décision du Ministre d'approuver l'aménagement porte atteinte soit à leur liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly, soit à leur liberté de manifester cette croyance. Pourtant, les Ktunaxa ne réclament pas la protection de la liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly ou de s'adonner à des pratiques connexes. Ils sollicitent plutôt la protection de la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly lui-même et du sens spirituel subjectif qu'ils en dégagent. Cette allégation inédite étendrait l'al. 2a) au-delà de ses limites et exposerait les croyances intimes profondes au contrôle des tribunaux. L'obligation imposée à l'État par l'al. 2a) ne consiste pas à protéger l'objet des croyances ou le point de mire spirituel du culte, comme l'Esprit de l'Ours Grizzly. Il incombe plutôt à l'État de protéger la liberté de toute personne d'avoir pareilles croyances et de les manifester par le culte et la pratique ou par l'enseignement et la diffusion.

En outre, il était raisonnable de la part du Ministre de décider que la Couronne s'était acquittée de l'obligation de consultation et d'accommodement que lui impose l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il convient de faire preuve de déférence à l'égard de cette décision. La cour qui contrôle une décision administrative au titre de l'art. 35 ne tranche pas la question constitutionnelle *de novo* soulevée de façon isolée selon la norme de la décision correcte. Elle ne tranche donc pas la question de façon indépendante. Elle doit plutôt se demander si la conclusion du décideur sur cette question était raisonnable.



The constitutional guarantee of s. 35 is not confined to treaty rights or to proven or settled Aboriginal rights and title claims. Section 35 also protects the potential rights embedded in as-yet unproven Aboriginal claims and, pending the determination of such claims through negotiation or otherwise, may require the Crown to consult and accommodate Aboriginal interests. This obligation flows from the honour of the Crown and is constitutionalized by s. 35.

In this case, the Ktunaxa's petition asked the courts, in the guise of judicial review of an administrative decision, to pronounce on the validity of their claim to a sacred site and associated spiritual practices. This declaration cannot be made by a court sitting in judicial review of an administrative decision. In judicial proceedings, such a declaration can only be made after a trial of the issue and with the benefit of pleadings, discovery, evidence, and submissions. Nor can administrative decision makers themselves pronounce upon the existence or scope of Aboriginal rights without specifically delegated authority. Aboriginal rights must be proven by tested evidence; they cannot be established as an incident of administrative law proceedings that centre on the adequacy of consultation and accommodation. To permit this would invite uncertainty and discourage final settlement of alleged rights through the proper processes. In the interim, while claims are resolved, consultation and accommodation are the best available legal tools for achieving reconciliation.

The record here supports the reasonableness of the Minister's conclusion that the s. 35 obligation of consultation and accommodation had been met. The Ktunaxa spiritual claims to Qat'muk had been acknowledged from the outset. Negotiations spanning two decades and deep consultation had taken place. Many changes had been made to the project to accommodate the Ktunaxa's spiritual claims. At a point when it appeared all major issues had been resolved, the Ktunaxa adopted a new, absolute position that no accommodation was possible because permanent structures would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk. The Minister sought to consult with the Ktunaxa on the newly formulated claim, but was told that

La garantie constitutionnelle de l'art. 35 ne vise pas uniquement les droits issus de traités ou les revendications prouvées ou réglées de droits ancestraux et de titre ancestral. L'article 35 protège aussi les droits éventuels inhérents aux revendications autochtones qui n'ont pas encore été formellement établies et il peut obliger la Couronne à consulter les Autochtones et à prendre en compte leurs intérêts en attendant qu'il soit statué sur ces revendications par la négociation ou une autre procédure. Cette obligation découle de l'honneur de la Couronne et est constitutionnalisée à l'art. 35.

En l'espèce, les Ktunaxa demandent aux tribunaux dans leur requête, sous le couvert d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision administrative, de se prononcer sur la validité de leur revendication à l'égard d'un lieu sacré et des pratiques spirituelles connexes. Ce jugement déclaratoire ne peut être rendu par une cour siégeant en contrôle d'une décision administrative. Dans une instance judiciaire, pareil jugement déclaratoire ne peut être rendu qu'après l'instruction de la question quand le tribunal bénéficie des actes de procédure, des interrogatoires préalables, des éléments de preuve et des arguments. Sans un pouvoir expressément délégué, les décideurs administratifs ne peuvent pas non plus se prononcer eux-mêmes sur l'existence ou la portée de droits ancestraux. Les droits ancestraux doivent être prouvés au moyen d'éléments mis à l'épreuve; ils ne peuvent être établis accessoirement dans le cadre d'une procédure administrative dont le point de mire est le caractère adéquat des consultations et des mesures d'accommodement. Permettre une telle chose causerait de l'incertitude et découragerait le règlement définitif des droits allégués par la procédure appropriée. Dans l'intervalle, alors que les revendications sont en voie de règlement, la consultation et l'accommodement sont les meilleurs outils juridiques dont on dispose pour parvenir à une réconciliation.

Le dossier de l'espèce étaye le caractère raisonnable de la conclusion du Ministre selon laquelle l'obligation de consultation et d'accommodement visée à l'art. 35 a été respectée. Les revendications de nature spirituelle des Ktunaxa à l'égard du Qat'muk ont été reconnues dès le départ. Des négociations se sont échelonnées sur deux décennies et il y a eu des consultations approfondies. De nombreux changements ont été apportés au projet pour tenir compte des revendications de nature spirituelle des Ktunaxa. Alors que tous les différends importants semblaient réglés, les Ktunaxa ont adopté une nouvelle position absolue selon laquelle aucun accommodement n'était possible parce que des installations permanentes

there was no point in further consultation. The process protected by s. 35 was at an end.

The record does not suggest, conversely, that the Minister mischaracterized the right as a claim to preclude development, instead of a claim to a spiritual right. The Minister understood that this right entailed practices which depended on the continued presence of Grizzly Bear Spirit in Qat'muk, which the Ktunaxa believed would be driven out by the development. Spiritual practices and interests were raised at the beginning of the process and continued to be discussed throughout. Nor did the Minister misunderstand the Ktunaxa's secrecy imperative, which had contributed to the late disclosure of the true nature of the claim: an absolute claim to a sacred site, which must be preserved and protected from permanent human habitation. The Minister understood and accepted that spiritual beliefs did not permit details of beliefs to be shared with outsiders. Nothing in the record suggests that the Minister had forgotten this fundamental point when he made his decision that adequate consultation had occurred. In addition, the Minister did not treat the broader spiritual right as weak. The Minister considered the overall spiritual claim to be strong, but had doubts about the strength of the new, absolute claim that no accommodation was possible because the project would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk. The record also does not demonstrate that the Minister failed to properly assess the adverse impact of the development on the spiritual interests of the Ktunaxa.

Ultimately, the consultation was not inadequate. The Minister engaged in deep consultation on the spiritual claim. This level of consultation was confirmed by both the chambers judge and the Court of Appeal. Moreover, the record does not establish that no accommodation was made with respect to the spiritual right. While the Minister did not offer the ultimate accommodation demanded by the Ktunaxa — complete rejection of the ski resort project — the Crown met its obligation to consult and accommodate. Section 35 guarantees a process, not a particular result. There is no guarantee that, in the end, the specific accommodation sought will be warranted or possible. Section 35 does not give unsatisfied claimants a veto. Where adequate consultation has occurred, a development may proceed without consent.

chasseraient l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk. Le Ministre a cherché à consulter les Ktunaxa pour discuter de la revendication nouvellement formulée, mais on lui a répondu qu'il était inutile de le faire. Le processus protégé par l'art. 35 a alors pris fin.

À l'inverse, le dossier n'indique pas que le Ministre a mal décrit le droit comme une revendication visant à empêcher tout aménagement plutôt que la revendication d'un droit spirituel. Le Ministre comprenait que ce droit supposait des pratiques qui dépendaient de la présence continue de l'Esprit de l'Ours Grizzly dans le Qat'muk, alors que l'aménagement chasserait cet esprit selon les croyances des Ktunaxa. Les pratiques et intérêts spirituels ont été évoqués au début du processus et les parties ont continué de discuter de ces questions tout au long du processus. Le Ministre n'a pas non plus mal compris l'impératif du secret des Ktunaxa qui a contribué à la divulgation tardive de la véritable nature de la revendication : une revendication absolue à l'égard d'un lieu sacré qui devait être préservé et protégé de l'habitation humaine permanente. Le Ministre a compris et accepté le fait que les croyances spirituelles ne permettaient pas que certains détails des croyances soient communiqués à des gens de l'extérieur. Rien dans le dossier ne porte à croire que le Ministre a oublié cet élément fondamental quand il a décidé qu'il y avait eu une consultation adéquate. De plus, le Ministre n'a pas qualifié de faible le droit spirituel général. Le Ministre a jugé solide la revendication globale de nature spirituelle, mais il avait des doutes quant à la solidité de la nouvelle prétention absolue selon laquelle aucun accommodement n'était possible parce que le projet chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk. En outre, le dossier ne démontre pas que le Ministre a mal évalué l'effet préjudiciable du projet sur les intérêts spirituels des Ktunaxa.

En dernière analyse, la consultation n'était pas insuffisante. Le Ministre s'est livré à des consultations approfondies sur la revendication de nature spirituelle. L'ampleur de ces consultations a été confirmée à la fois par le juge en chambre et par la Cour d'appel. Qui plus est, le dossier n'établit pas qu'on n'a pas tenu compte du droit spirituel. Bien que le Ministre n'ait pas offert la mesure d'accommodement ultime exigée par les Ktunaxa, soit le rejet complet du projet de station de ski, la Couronne s'est acquittée de son obligation de consulter et d'accommoder. L'article 35 garantit un processus, et non un résultat précis. Rien ne garantit qu'en fin de compte il sera justifié ou possible d'obtenir l'accommodement précis demandé. L'article 35 ne confère pas aux demandeurs insatisfaits un droit de veto. S'il y a eu consultation adéquate, le projet peut aller de l'avant sans consentement.

*Per* Moldaver and Côté JJ.: The Minister reasonably concluded that the duty to consult and accommodate the Ktunaxa under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* was met; however, the Minister's decision to approve the ski resort infringed the Ktunaxa's s. 2(a) *Charter* right to religious freedom.

The first part of the s. 2(a) test is not at issue in this case. The second part focuses on whether state action has interfered with the ability of a person to act in accordance with his or her religious beliefs or practices. Where state conduct renders a person's sincerely held religious beliefs devoid of all religious significance, this infringes a person's right to religious freedom. Religious beliefs have spiritual significance for the believer. When this significance is taken away by state action, the person can no longer act in accordance with his or her religious beliefs, constituting an infringement of s. 2(a).

This kind of state interference is a reality where individuals find spiritual fulfillment through their connection to the physical world. To ensure that all religions are afforded the same level of protection, courts must be alive to the unique characteristics of each religion, and the distinct ways in which state action may interfere with that religion's beliefs or practices. In many Indigenous religions, land is not only the site of spiritual practices; land itself can be sacred. As such, state action that impacts land can sever the connection to the divine, rendering beliefs and practices devoid of spiritual significance. Where state action has this effect on an Indigenous religion, it interferes with the ability to act in accordance with religious beliefs and practices.

In this case, the Ktunaxa sincerely believe that Grizzly Bear Spirit inhabits Qat'muk, a body of sacred land in their religion, and that the Minister's decision to approve the ski resort would sever their connection to Qat'muk and to Grizzly Bear Spirit. As a result, the Ktunaxa would no longer receive spiritual guidance and assistance from Grizzly Bear Spirit. Their religious beliefs in Grizzly Bear Spirit would become entirely devoid of religious significance, and accordingly, their prayers, ceremonies, and rituals associated with Grizzly Bear Spirit would become nothing more than empty words and hollow gestures. Moreover, without their spiritual connection to Qat'muk and to Grizzly Bear Spirit, the Ktunaxa would be unable to pass on their beliefs and practices to future generations. Therefore, the Minister's decision approving the proposed development interferes with the Ktunaxa's

*Les juges* Moldaver et Côté : Le Ministre a raisonnablement conclu à l'acquittement de l'obligation de consulter et d'accommoder les Ktunaxa prévue à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*; en revanche, la décision du Ministre d'approuver la station de ski a porté atteinte au droit à la liberté de religion garanti aux Ktunaxa par l'al. 2a) de la *Charte*.

Le premier volet du critère relatif à l'al. 2a) n'est pas en litige dans la présente affaire. Le second volet s'attache au point de savoir si une mesure étatique a nui à la capacité d'une personne de se conformer à ses croyances ou pratiques religieuses. La conduite de l'État qui prive de toute signification religieuse les croyances religieuses sincères d'une personne porte atteinte à son droit à la liberté de religion. Les croyances religieuses revêtent une signification spirituelle pour le croyant. Lorsque cette signification est supprimée par l'État, la personne ne peut plus se conformer à ses croyances religieuses, ce qui constitue une contravention à l'al. 2a).

Ce type d'ingérence de l'État est une réalité lorsque les citoyens s'épanouissent spirituellement par le lien qui les unit au monde concret. Pour veiller à ce que l'al. 2a) accorde la même protection à toutes les religions, les tribunaux doivent être conscients des caractéristiques propres à chacune d'elles et des différentes manières dont l'État peut nuire aux croyances ou pratiques de chaque religion. Dans de nombreuses religions autochtones, la terre est non seulement le lieu où s'exercent des pratiques spirituelles; la terre peut elle-même être sacrée. Une mesure étatique qui touche la terre peut donc rompre le lien avec l'être divin, ce qui priverait les croyances et pratiques de leur signification spirituelle. La mesure étatique qui a cet effet sur une religion autochtone nuit à la capacité de se conformer à des croyances et pratiques religieuses.

En l'espèce, les Ktunaxa croient sincèrement que l'Esprit de l'Ours Grizzly habite le Qat'muk, un lieu sacré dans leur religion, et que la décision du Ministre d'approuver la station de ski romprait leur lien avec le Qat'muk et l'Esprit de l'Ours Grizzly. Les Ktunaxa seraient ainsi privés des conseils et de l'assistance spirituels de cet esprit. Leurs croyances religieuses en l'Esprit de l'Ours Grizzly perdraient toute signification religieuse et, par conséquent, leurs prières, cérémonies et rites associés à cet esprit ne seraient plus que de vaines paroles et des gestes vides de sens. En outre, sans leur lien spirituel avec le Qat'muk et l'Esprit de l'Ours Grizzly, les Ktunaxa ne seraient pas en mesure de transmettre leurs croyances et pratiques aux générations futures. La décision du Ministre d'approuver l'aménagement proposé nuit donc d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à la

ability to act in accordance with their religious beliefs or practices in a manner that is more than trivial or insubstantial.

The Minister's decision is reasonable, however, because it reflects a proportionate balancing between the Ktunaxa's s. 2(a) *Charter* right and the Minister's statutory objectives: to administer Crown land and dispose of it in the public interest. A proportionate balancing is one that gives effect as fully as possible to the *Charter* protections at stake given the particular statutory mandate. When the Minister balances the *Charter* protections with these objectives, he must ensure that the *Charter* protections are affected as little as reasonably possible in light of the state's particular objectives.

In this case, the Minister did not refer to s. 2(a) explicitly in his reasons for decision; however, it is clear from his reasons that he was alive to the substance of the Ktunaxa's s. 2(a) right. He recognized that the development put at stake the Ktunaxa's spiritual connection to Qat'muk.

In addition, it is implicit from the Minister's reasons that he proportionately balanced the Ktunaxa's s. 2(a) right with his statutory objectives. The Minister tried to limit the impact of the development on the substance of the Ktunaxa's s. 2(a) right as much as reasonably possible given these objectives. He provided significant accommodation measures that specifically addressed the Ktunaxa's spiritual connection to the land. Ultimately, however, the Minister had two options before him: approve the development or permit the Ktunaxa to veto the development on the basis of their freedom of religion. Granting the Ktunaxa a power to veto development over the land would effectively give them a significant property interest in Qat'muk — namely, a power to exclude others from constructing permanent structures on public land. This right of exclusion would not be a minimal or negligible restraint on public ownership. It can be implied from the Minister's reasons that permitting the Ktunaxa to dictate the use of a large tract of land according to their religious belief was not consistent with his statutory mandate. Rather, it would significantly undermine, if not completely compromise, this mandate. In view of the options open to the Minister, his decision was reasonable, and amounted to a proportionate balancing.

capacité des Ktunaxa de se conformer à leurs croyances ou pratiques religieuses.

La décision du Ministre est toutefois raisonnable parce qu'elle est le fruit d'une mise en balance proportionnée du droit reconnu aux Ktunaxa par l'al. 2a) de la *Charte* et des objectifs confiés par la loi au Ministre : administrer les terres de la Couronne et les aliéner dans l'intérêt public. Une mise en balance proportionnée en est une qui donne effet autant que possible aux protections en cause conférées par la *Charte* compte tenu du mandat législatif particulier. Quand le Ministre met en balance les protections conférées par la *Charte* et les objectifs en question, il doit s'assurer que ces protections sont restreintes aussi peu que cela est raisonnablement possible eu égard aux objectifs particuliers de l'État.

En l'espèce, le Ministre n'a pas mentionné explicitement l'al. 2a) dans ses motifs de décision; il ressort toutefois de ses motifs qu'il a bien saisi la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2a). Il a reconnu que l'aménagement mettait en jeu le lien spirituel des Ktunaxa avec le Qat'muk.

De plus, il ressort implicitement des motifs du Ministre qu'il a mis en balance de façon proportionnée le droit reconnu aux Ktunaxa par l'al. 2a) et les objectifs que lui confie la loi. Le Ministre a essayé de limiter autant qu'il était raisonnablement possible de le faire l'impact de l'aménagement sur la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2a) compte tenu de ces objectifs. Il a consenti des mesures d'accommodement importantes qui touchaient précisément le lien spirituel des Ktunaxa avec la terre. En dernière analyse, toutefois, le Ministre avait deux choix : approuver l'aménagement ou permettre aux Ktunaxa d'opposer leur veto à l'aménagement en raison de leur liberté de religion. Conférer aux Ktunaxa le pouvoir d'opposer leur veto à l'aménagement du territoire en question leur donnerait dans les faits un intérêt propriété d'envergure sur le Qat'muk, à savoir le pouvoir d'interdire à autrui de construire des installations permanentes sur des terres publiques. Ce droit d'interdiction ne serait pas une restriction minimale ou négligeable de la propriété publique. On peut déduire des motifs du Ministre que permettre aux Ktunaxa de dicter l'usage d'une grande étendue de terrain selon leur croyance religieuse n'était pas compatible avec son mandat légal. L'octroi de ce pouvoir compromettrait plutôt substantiellement la réalisation de ce mandat, voire lui porterait un coup fatal. Vu les choix qui s'offraient au Ministre, sa décision était raisonnable et était le fruit d'une mise en balance proportionnée.

## Cases Cited

By McLachlin C.J. and Rowe J.

**Applied:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; **referred to:** *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, rev'd *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157; *India v. Badesha*, 2017 SCC 44, [2017] 2 S.C.R. 127; *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103.

By Moldaver J.

**Applied:** *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; **referred to:** *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235; *Mouvement laïque québécois v.*

## Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Rowe

**Arrêts appliqués :** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; **arrêts mentionnés :** *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *R. c. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, inf. par *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127; *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Mitchell c. M.N.R.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103.

Citée par le juge Moldaver

**Arrêt appliqué :** *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; **arrêts mentionnés :** *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235;

*Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 2(a).  
*Constitution Act, 1982*, s. 35.  
*Environmental Assessment Act*, S.B.C. 1994, c. 35.  
*Environmental Assessment Act*, S.B.C. 2002, c. 43.  
*Land Act*, R.S.B.C. 1996, c. 245, ss. 4, 11(1).  
*Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, R.S.B.C. 1996, c. 307, s. 5(b).

### Treaties and Other International Instruments

*American Convention on Human Rights*, 1144 U.N.T.S. 123, art. 12(1), (3).  
*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 [*European Convention on Human Rights*], art. 9(1).  
*International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, art. 18(1).  
*Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 18.

### Authors Cited

Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart, 1997, 279.  
 Ross, Michael L. *First Nations Sacred Sites in Canada's Courts*. Vancouver: UBC Press, 2005.  
 Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2014.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Lowry, Bennett and Goepel JJ.A.), 2015 BCCA 352, 387 D.L.R. (4th) 10, 78 B.C.L.R. (5th) 297, 376 B.C.A.C. 105, 646 W.A.C. 105, 89 Admin. L.R. (5th) 63, 93 C.E.L.R. (3d) 1, [2015] 4 C.N.L.R. 199, 339 C.R.R. (2d) 183, [2016] 3 W.W.R. 423, [2015] B.C.J. No. 1682 (QL), 2015 CarswellBC 2215 (WL Can.), affirming a decision of Savage J., 2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, 82 Admin. L.R. (5th) 117, 86 C.E.L.R. (3d) 202, [2014] 4 C.N.L.R. 143, [2014] B.C.J. No. 584 (QL), 2014 CarswellBC 901 (WL Can.), dismissing an application

*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2a).  
*Environmental Assessment Act*, S.B.C. 1994, c. 35.  
*Environmental Assessment Act*, S.B.C. 2002, c. 43.  
*Land Act*, R.S.B.C. 1996, c. 245, art. 4, 11(1).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.  
*Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, R.S.B.C. 1996, c. 307, art. 5(b).

### Traité et autres documents internationaux

*Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 1144 R.T.N.U. 123, art. 12(1), (3).  
*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 [*Convention européenne des droits de l'homme*], art. 9(1).  
*Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 18.  
*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47, art. 18(1).

### Doctrine et autres documents cités

Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, 279.  
 Ross, Michael L. *First Nations Sacred Sites in Canada's Courts*, Vancouver, UBC Press, 2005.  
 Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 6th ed., Toronto, Carswell, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Lowry, Bennett et Goepel), 2015 BCCA 352, 387 D.L.R. (4th) 10, 78 B.C.L.R. (5th) 297, 376 B.C.A.C. 105, 646 W.A.C. 105, 89 Admin. L.R. (5th) 63, 93 C.E.L.R. (3d) 1, [2015] 4 C.N.L.R. 199, 339 C.R.R. (2d) 183, [2016] 3 W.W.R. 423, [2015] B.C.J. No. 1682 (QL), 2015 CarswellBC 2215 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Savage, 2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, 82 Admin. L.R. (5th) 117, 86 C.E.L.R. (3d) 202, [2014] 4 C.N.L.R. 143, [2014] B.C.J. No. 584 (QL), 2014 CarswellBC 901 (WL Can.), qui a rejeté

for judicial review of a decision of the Minister to approve a ski resort. Appeal dismissed.

*Peter Grant, Jeff Huberman, Karena Williams and Diane Soroka*, for the appellants.

*Jonathan G. Penner and Erin Christie*, for the respondent the Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations.

*Gregory J. Tucker, Q.C.*, and *Pamela E. Sheppard*, for the respondent Glacier Resorts Ltd.

*Mitchell R. Taylor, Q.C.*, and *Sharlene Telles-Langdon*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Richard James Fyfe*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

*Justin Safayeni and Khalid Elgazzar*, for the interveners the Canadian Muslim Lawyers Association, the South Asian Legal Clinic of Ontario and the Kootenay Presbytery (United Church of Canada).

*Albertos Polizogopoulos and Derek Ross*, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Christian Legal Fellowship.

Written submissions only by *Avnish Nanda*, for the intervener the Alberta Muslim Public Affairs Council.

*Joshua Ginsberg and Randy Christensen*, for the intervener Amnesty International Canada.

*Robert J. M. Janes, Q.C.*, and *Claire Truesdale*, for the intervener the Te'mexw Treaty Association.

Written submissions only by *Lisa C. Fong*, for the intervener the Central Coast Indigenous Resource Alliance.

*Senwung Luk and Krista Nerland*, for the intervener the Shibogama First Nations Council.

une demande de contrôle judiciaire de la décision du Ministre d'approuver une station de ski. Pourvoi rejeté.

*Peter Grant, Jeff Huberman, Karena Williams et Diane Soroka*, pour les appelants.

*Jonathan G. Penner et Erin Christie*, pour l'intimé Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations.

*Gregory J. Tucker, c.r.*, et *Pamela E. Sheppard*, pour l'intimée Glacier Resorts Ltd.

*Mitchell R. Taylor, c.r.*, et *Sharlene Telles-Langdon*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Richard James Fyfe*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Justin Safayeni et Khalid Elgazzar*, pour les intervenants l'Association canadienne des avocats musulmans, South Asian Legal Clinic of Ontario et Kootenay Presbytery (United Church of Canada).

*Albertos Polizogopoulos et Derek Ross*, pour les intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et l'Alliance des chrétiens en droit.

Argumentation écrite seulement par *Avnish Nanda*, pour l'intervenant Alberta Muslim Public Affairs Council.

*Joshua Ginsberg et Randy Christensen*, pour l'intervenante Amnistie internationale (Canada).

*Robert J. M. Janes, c.r.*, et *Claire Truesdale*, pour l'intervenante Te'mexw Treaty Association.

Argumentation écrite seulement par *Lisa C. Fong*, pour l'intervenante Central Coast Indigenous Resource Alliance.

*Senwung Luk et Krista Nerland*, pour l'intervenant Shibogama First Nations Council.

*Neil Finkelstein, Brandon Kain and Bryn Gray*, for the intervener the Canadian Chamber of Commerce.

*Jessica Orkin and Adriel Weaver*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Paul Williams*, for the intervener the Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic.

Written submissions only by *John Burns* and *Amy Jo Scherman*, for the intervener the Katzie First Nation.

Written submissions only by *John W. Gailus* and *Christopher G. Devlin*, for the interveners the West Moberly First Nations and the Prophet River First Nation.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND ROWE J. —

## I. Introduction

[1] The issue in this case is whether the British Columbia Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations (“Minister”) erred in approving a ski resort development, despite claims by the Ktunaxa that the development would breach their constitutional right to freedom of religion and to protection of Aboriginal interests under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[2] The appellants represent the Ktunaxa people. The Ktunaxa’s traditional territories are said to consist of land that straddles the international boundary between Canada and the United States, comprised of northeastern Washington, northern Idaho, northwestern Montana, southwestern Alberta and southeastern British Columbia.

*Neil Finkelstein, Brandon Kain et Bryn Gray*, pour l’intervenante la Chambre de commerce du Canada.

*Jessica Orkin et Adriel Weaver*, pour l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

*Paul Williams*, pour l’intervenant Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic.

Argumentation écrite seulement par *John Burns* et *Amy Jo Scherman*, pour l’intervenante Katzie First Nation.

Argumentation écrite seulement par *John W. Gailus* et *Christopher G. Devlin*, pour les intervenantes West Moberly First Nations et Prophet River First Nation.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE ROWE —

## I. Introduction

[1] Dans le présent pourvoi, il s’agit de décider si l’intimé, Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations de la Colombie-Britannique (« Ministre »), a commis une erreur en approuvant l’aménagement d’une station de ski malgré les revendications des Ktunaxa, qui soutenaient que l’aménagement porterait atteinte à leur droit constitutionnel à la liberté de religion et à leurs droits ancestraux dont l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* commande la protection.

[2] Les appelants représentent le peuple des Ktunaxa dont le territoire traditionnel regrouperait des terres qui s’étendent de part et d’autre de la frontière internationale entre le Canada et les États-Unis et englobent le nord-est de l’État de Washington, le nord de l’Idaho, le nord-ouest du Montana, le sud-ouest de l’Alberta et le sud-est de la Colombie-Britannique.



[3] This case concerns a proposed development in an area the Ktunaxa call Qat'muk. This area is located in a Canadian valley in the northwestern part of the larger Ktunaxa territory, the Jumbo Valley, about 55 kilometres west of the town of Invermere, B.C.

[4] The respondent Glacier Resorts Ltd. ("Glacier Resorts") wishes to build a year-round ski resort in Qat'muk with lifts to glacier runs and overnight accommodation for guests and staff. For more than two decades, Glacier Resorts has been negotiating with the B.C. government and stakeholders, including the Aboriginal peoples who inhabit the valley, the Ktunaxa and the Shuswap, on the terms and conditions of the development.

[5] Early on in the process, the Ktunaxa and Shuswap peoples raised concerns about the impact of the resort project. The Ktunaxa asserted that Qat'muk was a place of spiritual significance for them. Notably, it is home to an important population of grizzly bears and to Grizzly Bear Spirit, or Kławła Tukłutakʔis, "a principal spirit within Ktunaxa religious beliefs and cosmology": A.F., at para. 18.

[6] Consultation ensued, leading to significant changes to the original proposal. The Shuswap declared themselves satisfied with the changes and indicated their support for the proposal given the benefits it would bring to their people and the region. The Ktunaxa were not satisfied, but committed themselves to further consultation to remove the remaining obstacles and find mutually satisfactory accommodation. Lengthy discussions ensued, and it seemed agreement would be achieved. Then, late in the process, the Ktunaxa adopted an uncompromising position — that accommodation was impossible because a ski resort with lifts to glacier runs and permanent structures would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk and irrevocably impair their religious beliefs and practices. After fruitless efforts to revive the consultation process and reach agreement, the

[3] La présente affaire concerne une proposition d'aménagement dans un secteur que les Ktunaxa appellent le Qat'muk. Ce secteur est situé dans une vallée canadienne, dans la partie nord-ouest du vaste territoire des Ktunaxa, la vallée Jumbo, à environ 55 kilomètres à l'ouest de la ville d'Invermere, en Colombie-Britannique.

[4] L'intimée Glacier Resorts Ltd. (« Glacier Resorts ») souhaite construire dans le Qat'muk une station de ski ouverte à longueur d'année et munie de remonte-pentes par lesquels on pourrait accéder aux pistes de glacier et qui offrirait un hébergement pour la nuit aux visiteurs et au personnel. Glacier Resorts a négocié pendant plus de 20 ans les conditions de l'aménagement avec le gouvernement de la Colombie-Britannique et différents intéressés, notamment les peuples autochtones qui habitent la vallée, les Ktunaxa et les Shuswap.

[5] Au début du processus, les peuples des Ktunaxa et des Shuswap ont fait part de leurs préoccupations quant aux répercussions du projet. Les Ktunaxa ont affirmé que le Qat'muk était un lieu d'importance spirituelle pour eux. Fait à noter, il abrite une population importante de grizzlys et l'Esprit de l'Ours Grizzly, ou Kławła Tukłutakʔis, [TRADUCTION] « un esprit principal des croyances religieuses et de la cosmologie des Ktunaxa » : m.a., par. 18.

[6] Des consultations ont débouché sur des modifications importantes à la proposition initiale. Les Shuswap se sont dits satisfaits des changements et ont donné leur appui à la proposition compte tenu des avantages qu'elle présenterait pour leur peuple et la région. Les Ktunaxa se sont quant à eux dits insatisfaits, mais ils se sont engagés à participer à de nouvelles consultations en vue d'éliminer les derniers obstacles et d'arriver à un compromis satisfaisant pour tous. De longs pourparlers s'ensuivirent et les parties semblaient sur le point de parvenir à un accord. Puis, vers la fin du processus, les Ktunaxa ont adopté une position inflexible, estimant désormais qu'il était impossible d'arriver à un compromis parce qu'une station de ski munie de remonte-pentes vers les pistes de glacier et d'installations permanentes chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly du

government declared that reasonable consultation had occurred and approved the project.

[7] The appellants, the Ktunaxa Nation Council and the Chair of the Council, Kathryn Teneese, brought proceedings in judicial review before the British Columbia Supreme Court to overturn the approval by the Minister of the ski resort on two independent grounds: first, that the project would violate the Ktunaxa's freedom of religion under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and second, that the government breached the duty of consultation and accommodation imposed on the Crown by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The chambers judge dismissed the petition for judicial review, and the Court of Appeal affirmed his decision. The Ktunaxa now appeal to this Court.

[8] We would dismiss the appeal. We conclude that the claim does not engage the right to freedom of conscience and religion under s. 2(a) of the *Charter*. Section 2(a) protects the freedom of individuals and groups to hold and manifest religious beliefs: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336. The Ktunaxa's claim does not fall within the scope of s. 2(a) because neither the Ktunaxa's freedom to hold their beliefs nor their freedom to manifest those beliefs is infringed by the Minister's decision to approve the project.

[9] We also conclude that the Minister, while bound by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* to consult with the Ktunaxa in an effort to find a way to accommodate their concerns, did not act unreasonably in concluding that the requirements of s. 35 had been met and approving the project.

[10] We arrive at these conclusions cognizant of the importance of protecting Indigenous religious beliefs and practices, and the place of such

Qat'muk et porterait irrémédiablement atteinte à leurs croyances et pratiques religieuses. Après avoir tenté sans succès de relancer le processus de consultation et de parvenir à un accord, le gouvernement a déclaré qu'il y avait eu une consultation raisonnable et a approuvé le projet.

[7] Les appelants, Ktunaxa Nation Council et Kathryn Teneese, la présidente de ce conseil, ont intenté une procédure de contrôle judiciaire devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour faire annuler l'approbation, par le Ministre, du projet de station de ski. Ils invoquaient deux moyens indépendants : premièrement, le projet porterait atteinte à la liberté de religion garantie aux Ktunaxa par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*; deuxièmement, le gouvernement a manqué à l'obligation de consultation et d'accommodement qu'impose à la Couronne l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge en chambre a rejeté la requête en contrôle judiciaire, et la Cour d'appel a confirmé sa décision. Les Ktunaxa se pourvoient maintenant devant notre Cour.

[8] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. Nous concluons que la revendication ne fait pas intervenir le droit à la liberté de conscience et de religion garanti à l'al. 2a) de la *Charte*. L'alinéa 2a) protège la liberté des individus et des groupes d'avoir et de manifester des croyances religieuses : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336. La revendication des Ktunaxa ne relève pas de cette disposition car la décision du Ministre d'approuver le projet ne porte atteinte ni à la liberté des Ktunaxa d'avoir leurs croyances ni à leur liberté de manifester ces croyances.

[9] Nous jugeons aussi que le Ministre, quoique tenu par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* de consulter les Ktunaxa pour essayer de répondre à leurs préoccupations, n'a pas agi déraisonnablement en concluant que les exigences de l'art. 35 avaient été respectées et en approuvant le projet.

[10] Nous arrivons à ces conclusions en étant conscients de l'importance de protéger les croyances et pratiques religieuses des Autochtones et du rôle

protection in achieving reconciliation between Indigenous peoples and non-Indigenous communities.

## II. Facts

[11] The Jumbo Valley and Qat'muk are located in the traditional territory of the Ktunaxa. The Ktunaxa believe that Grizzly Bear Spirit inhabits Qat'muk. It is undisputed that Grizzly Bear Spirit is central to Ktunaxa religious beliefs and practices.

[12] The Jumbo Valley has long been used for heli-skiing, which involves flying skiers to the top of runs by helicopter, whence they ski to the valley floor. In the 1980s, Glacier Resorts became interested in building a permanent ski resort on a site near the north end of the valley and sought government approval of the project.

[13] The regulatory process for approval of the ski resort was a protracted matter, involving a number of cascading processes: (1) the Commercial Alpine Ski Policy ("CASP") process to determine sole proponent status; (2) the Commission on Resources and the Environment ("CORE") process to determine best uses of the land; (3) an environmental assessment process to resolve issues related to environmental, wildlife and cultural impact and culminating in an Environmental Assessment Certificate ("EAC"); and (4) submission of a Master Plan which, if approved, would lead to a Master Development Agreement ("MDA") between the developer and the government. These processes involved public consultation, and the Ktunaxa participated at every stage. In the course of the various reviews, many changes were made to the original plan. The entire process, until the Minister determined consultation was adequate, took place from 1991 to 2011 — over 20 years.

[14] Until 2005, the Ktunaxa participated in the regulatory processes jointly with the Shuswap as part

que joue une telle protection dans l'atteinte d'une réconciliation entre les peuples autochtones et les communautés non autochtones.

## II. Faits

[11] La vallée Jumbo et le Qat'muk se situent dans le territoire traditionnel des Ktunaxa. Ces derniers croient que l'Esprit de l'Ours Grizzly habite le Qat'muk. Personne ne conteste que cet esprit est au cœur des croyances et pratiques religieuses des Ktunaxa.

[12] La vallée Jumbo a longtemps été utilisée pour l'hélicski, pratique qui consiste à amener par hélicoptère des skieurs au sommet de pistes, d'où ils descendent jusqu'au fond de la vallée. Dans les années 1980, Glacier Resorts s'est mise à caresser un projet de construction d'une station de ski permanente près de l'extrémité nord de la vallée, pour lequel elle a sollicité l'approbation du gouvernement.

[13] Le processus d'approbation réglementaire de la station de ski s'est révélé une entreprise de longue haleine en raison de ses étapes consécutives : (1) l'étape relative à la politique sur les centres de ski alpin à vocation commerciale (« PCSAVC »), qui vise à déterminer la qualité de seul promoteur; (2) l'étape relative à la Commission sur les ressources et l'environnement (« CORE »), qui vise à déterminer les meilleures utilisations du terrain; (3) l'étape relative à l'évaluation environnementale, qui cherche à résoudre les questions liées aux répercussions sur l'environnement, la faune et la culture, et se termine par la délivrance d'un certificat d'évaluation environnementale (« CÉE »); (4) la présentation d'un plan directeur qui, s'il est approuvé, mènerait à un accord-cadre d'aménagement (« ACA ») entre le promoteur et le gouvernement. Le processus global comportait une consultation publique à laquelle les Ktunaxa ont participé à chacune des étapes. Au cours des divers examens, de nombreux changements ont été apportés au plan initial. L'ensemble du processus, au terme duquel le Ministre a jugé la consultation adéquate, a duré de 1991 à 2011, soit plus de 20 ans.

[14] Jusqu'en 2005, les Ktunaxa ont participé aux étapes réglementaires conjointement avec les

of the Ktunaxa/Kinbasket Tribal Council (“KKTC”). However, in 2005, the Shuswap parted company with the Ktunaxa over the proposed ski resort and left the KKTC. The Shuswap support the project, believing their interests have been reasonably accommodated and that the project will be good for their community. The Ktunaxa, by contrast, say their interests cannot be accommodated and demand the project’s rejection.

[15] Adequacy of consultation is a central issue in this appeal. It is therefore necessary to set out in some detail what occurred at each step of the regulatory process.

#### A. *Stage One: The CASP Process*

[16] In 1991, Glacier Resorts filed a formal proposal to build a year-round ski resort in the upper Jumbo Valley. The government conducted public hearings on the project under the CASP, the first phase in the regulatory approval process. The predecessor of the appellants, the KKTC, participated in public hearings in the fall of 1991. After a call for proposals, Glacier Resorts was granted sole proponent status and moved up to the next step on the regulatory ladder.

#### B. *Stage Two: The Land Use or CORE Process*

[17] In 1993 and 1994, the second phase of the regulatory process began. The government conducted a site utilization review under the CORE process, with the goal of producing a new land use plan for the region focusing specifically on construction of the ski resort. The CORE process involved public hearings, which the KKTC attended as an observer. In 1994, the CORE process concluded with a report that assigned very high recreational and tourism values to the area of the proposed ski resort and recommended that the approval process for the resort include a statutory environmental assessment.

Shuswap par l’entremise du Ktunaxa/Kinbasket Tribal Council (« KKTC »). Toutefois, en 2005, les Shuswap se sont dissociés des Ktunaxa au sujet de la station de ski proposée et ont quitté le KKTC. Les Shuswap soutiennent le projet, estimant qu’on a raisonnablement tenu compte de leurs intérêts et que le projet sera bénéfique pour leur communauté, alors que les Ktunaxa disent que leurs intérêts ne peuvent être pris en compte et exigent le rejet du projet.

[15] La question du caractère adéquat de la consultation est au centre du présent pourvoi. Il est par conséquent nécessaire de relater de manière assez détaillée ce qui s’est produit à chaque étape du processus réglementaire.

#### A. *Première étape : PCSAVC*

[16] En 1991, Glacier Resorts a déposé une proposition officielle pour la construction d’une station de ski ouverte à l’année dans la partie supérieure de la vallée Jumbo. Le gouvernement a mené des audiences publiques sur le projet conformément à la PCSAVC, première étape du processus d’approbation réglementaire. Le prédécesseur des appelants, le KKTC, a participé aux audiences publiques tenues à l’automne 1991. À la suite d’un appel de propositions, Glacier Resorts s’est vu reconnaître la qualité de seul promoteur et a pu passer à l’étape suivante du processus réglementaire.

#### B. *Deuxième étape : utilisation du terrain ou CORE*

[17] En 1993 et 1994, la deuxième étape du processus réglementaire s’est amorcée. Le gouvernement a examiné l’utilisation du site conformément au processus de la CORE dans le but de produire un nouveau plan d’utilisation du terrain pour la région prévoyant expressément la construction de la station de ski. Le processus de la CORE comportait des audiences publiques auxquelles le KKTC a assisté comme observateur. En 1994, le processus s’est conclu par le dépôt d’un rapport accordant une très grande valeur au chapitre du loisir et du tourisme à la région choisie pour la station de ski proposée et recommandait que le processus d’approbation comprenne une évaluation environnementale prévue par la loi.

[18] In March 1995, the government released a summary of the CORE East Kootenay Land Use Plan and West Kootenay-Boundary Land Use Plan, identifying a ski resort development as an acceptable land use of the upper Jumbo Creek Valley. In July 1995, the government and Glacier Resorts entered into an interim agreement pursuant to the CASP, and the third step on the regulatory ladder, review under the *Environmental Assessment Act*, S.B.C. 1994, c. 35, began.

C. *Stage Three: The Environmental Assessment Process*

[19] The environmental assessment process lasted almost a decade, from 1995 to 2004. The KKTC, representing both the Ktunaxa and the Shuswap peoples, and supported by government funding, was extensively involved in the environmental assessment process for the ski resort. It was invited to participate in the technical review committee and to comment on the project report. It raised the issue of “sacred values” in the valley, which were discussed in the “First Nations Socio-Economic Assessment: Jumbo Glacier Resort Project, A Genuine Wealth Analysis”, a 2003 report of consultants retained by the B.C. government’s Environmental Assessment Office (“EAO”).

[20] In parallel, Glacier Resorts submitted the information required to complete the environmental review under the new *Environmental Assessment Act*, S.B.C. 2002, c. 43, in a comprehensive “Project Report” in December 2003 that was accepted by the EAO in the following months.

[21] In response to this report, the KKTC submitted a document to the EAO entitled “Jumbo Glacier Resort Project: Final Comments on Measures Proposed to Address Issues Identified by the Ktunaxa Nation” stating that the Jumbo Valley area is invested with sacred values, and Glacier Resorts should be required to negotiate an Impact Management and

[18] En mars 1995, le gouvernement a publié un résumé des plans d’utilisation du terrain d’East Kootenay et de West Kootenay-Boundary préparés par la CORE, lequel indique que l’aménagement d’une station de ski constitue une utilisation acceptable du terrain de la partie supérieure de la vallée Jumbo Creek. En juillet 1995, le gouvernement et Glacier Resorts ont conclu une entente intérimaire conformément à la PCSAVC, ce qui a constitué le coup d’envoi de la troisième étape prévue par la réglementation : un examen en application de l’*Environmental Assessment Act*, S.B.C. 1994, c. 35.

C. *Troisième étape : processus d’évaluation environnementale*

[19] Le processus d’évaluation environnementale a duré presque une décennie, soit de 1995 à 2004. Le KKTC, qui représentait tant le peuple des Ktunaxa que celui des Shuswap et recevait l’aide financière du gouvernement, a participé activement au processus d’évaluation environnementale de la station de ski. Il a été invité à se joindre au comité d’examen technique et à commenter le rapport sur le projet. Il a ainsi soulevé la question des [TRADUCTION] « valeurs sacrées » associées à la vallée, lesquelles ont été examinées dans un rapport de 2003 qui a pour titre « First Nations Socio-Economic Assessment : Jumbo Glacier Resort Project, A Genuine Wealth Analysis », rédigé par des consultants auxquels a fait appel l’Environmental Assessment Office (« Bureau ») de la Colombie-Britannique.

[20] Parallèlement, Glacier Resorts a fourni en décembre 2003, dans son exhaustif [TRADUCTION] « rapport sur le projet », les renseignements nécessaires à l’évaluation environnementale prévue par la nouvelle *Environmental Assessment Act*, S.B.C. 2002, c. 43. Le Bureau a accepté ce rapport dans les mois qui ont suivi.

[21] En réponse à ce rapport, le KKTC a présenté au Bureau un document intitulé « Jumbo Glacier Resort Project : Final Comments on Measures Proposed to Address Issues Identified by the Ktunaxa Nation », qui expliquait que des valeurs sacrées étaient associées à la région de la vallée Jumbo et que Glacier Resorts devrait avoir l’obligation de

Benefits Agreement (“IMBA”) to mitigate the potential impact of the ski resort. The KKTC submitted detailed comments, under protest, on the measures proposed by the EAO to address the concerns of the valley’s Indigenous inhabitants.

[22] On October 4, 2004, an EAC was issued, approving the development subject to numerous conditions. Among them was a requirement that Glacier Resorts negotiate with the KKTC and attempt to conclude an IMBA before the next stage of the regulatory process. The KKTC did not seek judicial review of the conditional EAC. At this point, from the government’s perspective, the consultation was proceeding smoothly toward mutually acceptable accommodation.

*D. Stage Four: Development of a Resort Master Plan*

[23] The regulatory process moved to the fourth stage — the development of a Master Plan and an MDA for the ski resort.

[24] Glacier Resorts submitted a revised draft Master Plan in 2005. The process of reviewing this plan took place from December 2005 to July 2007.

[25] At the outset of the review process, the government offered to enter into additional consultations with the Ktunaxa Nation Council, which was formed following the withdrawal of the Shuswap from the KKTC. In June 2006, a consultant retained by the Ktunaxa and funded by the government prepared a “Gap Analysis” to identify what the Ktunaxa considered to be the outstanding issues for discussion. The Gap Analysis highlighted the need for further information to facilitate discussion on: (1) contemporary land and resource use by the Ktunaxa of the Jumbo Valley; (2) the effectiveness of proposed mitigation measures to reduce disturbance, displacement and mortality impacts to key wildlife populations from road traffic on the access road; and (3) project-induced socio-economic effects to the regional economy, including land use and cost of living that might affect Ktunaxa well-being. One of the

négoier une entente sur la gestion des répercussions et les avantages (« EGRA ») pour atténuer les éventuelles répercussions de la station de ski. Le KKTC a présenté sous toutes réserves des commentaires détaillés au sujet des mesures proposées par le Bureau pour répondre aux préoccupations des habitants autochtones de la vallée.

[22] Le 4 octobre 2004, un CÉE approuvant l’aménagement a été délivré sous réserve de nombreuses conditions, dont celle que Glacier Resorts négocie avec le KKTC et tente de conclure une EGRA avant la prochaine étape du processus réglementaire. Le KKTC n’a pas sollicité le contrôle judiciaire de ce CÉE conditionnel. Le gouvernement avait alors l’impression que la consultation se dirigeait sans heurts vers un compromis acceptable pour tous.

*D. Quatrième étape : élaboration d’un plan directeur pour la station de ski*

[23] Le projet est passé ainsi à la quatrième étape du processus réglementaire : l’élaboration d’un plan directeur et d’un ACA pour la station de ski.

[24] Glacier Resorts a présenté une ébauche révisée du plan directeur en 2005. La révision de ce plan s’est déroulée de décembre 2005 à juillet 2007.

[25] Au début de la révision, le gouvernement a offert de poursuivre les consultations avec le Ktunaxa Nation Council, qui avait été constitué après que les Shuswap se soient retirés du KKTC. En juin 2006, un consultant retenu par les Ktunaxa mais payé par le gouvernement a préparé une [TRADUCTION] « analyse de l’écart » pour faire ressortir ce que les Ktunaxa considéraient être les questions non réglées devant faire l’objet de discussions. Cette analyse mettait en lumière le besoin d’obtenir des renseignements additionnels pour faciliter les discussions sur les enjeux suivants : (1) l’utilisation actuelle du terrain et des ressources par les Ktunaxa de la vallée Jumbo; (2) l’efficacité des mesures d’atténuation proposées pour réduire les perturbations, les déplacements et la mortalité des principales espèces d’animaux sauvages causés par le trafic sur la route d’accès; (3) les effets socio-économiques du projet sur l’économie

34 issues identified in the Gap Analysis was that the Jumbo Valley is an “area of cultural significance and has sacred values”: chambers judge’s reasons, 2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, at para. 69. In this regard, the analysis stated that the “cultural impacts remain unassessed” (*ibid.*).

[26] The Ktunaxa met with the Minister and they agreed on further consultation built around the Gap Analysis. As part of this process, the cultural significance/sacred values issue was discussed at the “Land Issues” workshop held on October 12 and 13, 2006 in Cranbrook, B.C. Following the workshop, the Ktunaxa consultant circulated a document entitled “Working Outline: Ktunaxa-British Columbia Accommodation”, which identified the cultural and sacred significance of the valley as an issue to be addressed, and suggested a conceptual framework for accommodating the Ktunaxa land use concerns through: (a) a fee simple land transfer to the Ktunaxa; (b) the establishment of a land reserve; and (c) the establishment of a conservancy area in proximity to the ski-run site. The land use issues workshop was followed by workshops in November and December 2006 and January 2007. These addressed grizzly bear, other wildlife, and residual issues.

[27] In November 2006, prospects for agreement on accommodation looked bright. The Minister received a copy of a letter where the Ktunaxa informed Glacier Resorts that they had made “considerable progress in setting up a process for the negotiation of an [IMBA]”: chambers judge’s reasons, at para. 76. Only two issues appeared to stand in the way of final agreement — “funding” and “the outstanding issue of unpaid monies” (*ibid.*). In April 2007, Glacier Resorts wrote the Minister that it believed it had reached an “agreement in principle” with the Ktunaxa (*ibid.*). On July 12, the Minister approved a Master Plan, which outlined the nature,

régionale, notamment en ce qui a trait à l’utilisation du terrain et au coût de la vie, qui pourraient avoir une incidence sur le bien-être des Ktunaxa. L’une des 34 questions soulevées dans l’analyse concernait le fait que la vallée Jumbo est une [TRADUCTION] « région d’importance culturelle et porteuse de valeurs sacrées » : motifs du juge en chambre, 2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, par. 69. À cet égard, l’analyse mentionnait que les « conséquences culturelles ne sont toujours pas évaluées » (*ibid.*).

[26] Les Ktunaxa ont rencontré le Ministre et accepté de continuer de participer à des consultations additionnelles sur le fondement de l’analyse de l’écart. Dans le cadre du processus, les parties ont discuté de la question de l’importance culturelle et de la valeur sacrée des lieux en cause dans l’atelier [TRADUCTION] « Enjeux fonciers » tenu les 12 et 13 octobre 2006 à Cranbrook, en Colombie-Britannique. Après l’atelier, le consultant des Ktunaxa a fait circuler un document intitulé « Working Outline : Ktunaxa-British Columbia Accommodation », qui indiquait que la question de l’importance culturelle et sacrée de la vallée devait être examinée et proposait, pour répondre aux préoccupations des Ktunaxa quant à l’utilisation du terrain, un cadre conceptuel consistant en a) un transfert de terres en fief simple aux Ktunaxa, b) l’établissement d’une réserve foncière et c) la création d’une aire de conservation à proximité des pistes de ski. L’atelier sur les enjeux fonciers a été suivi d’autres ateliers en novembre et décembre 2006 et en janvier 2007. Il a alors été question des grizzlys, d’autres animaux sauvages et d’enjeux résiduels.

[27] En novembre 2006, les perspectives d’accord sur un accommodement semblaient bonnes. Le Ministre a reçu une copie d’une lettre dans laquelle les Ktunaxa informaient Glacier Resorts qu’ils estimaient avoir réalisé [TRADUCTION] « des progrès considérables dans l’établissement d’une marche à suivre pour la négociation d’une [EGRA] » : motifs du juge en chambre, par. 76. Il ne semblait rester que deux questions à régler pour parvenir à un accord définitif : « le financement » et « la question non réglée des sommes d’argent non versées » (*ibid.*). En avril 2007, Glacier Resorts a écrit au Ministre qu’elle estimait être parvenue à un « accord de principe »

scope and pace of the proposed development, identified land tenure requirements, and incorporated recommendations arising from consultation with Glacier Resorts, the public and First Nations and from the environmental review process.

[28] The Minister advised the Ktunaxa that Master Plan approval did not preclude additional mitigation measures based on ongoing consultation. In the months following the approval, the discussion turned to economic issues. The Minister made an accommodation proposal to the Ktunaxa in December 2007, which included \$650,000 in economic benefits to be taken in cash or Crown land, plus nine non-financial accommodations. In February 2008, the Ktunaxa rejected the proposed accommodation on the basis that (1) the financial component was “grossly insufficient” and (2) it was inappropriate for the Minister to provide identical financial accommodation to the Shuswap, given the Ktunaxa’s “far greater history in the Jumbo area”: chambers judge’s reasons, at para. 82. The rejection letter did not mention the sacred nature of the Jumbo Valley or Grizzly Bear Spirit.

[29] The Minister came back in September 2008 with a second offer of accommodation to the Ktunaxa, in the form of revenue sharing in an Economic and Community Development Agreement. The Ktunaxa rejected this proposal in December. While the negotiations suggested that an agreement could be reached regarding the construction of the ski resort project, the Ktunaxa rejected this proposal on the basis that the Jumbo Valley is a “place unique and sacred” to them: chambers judge’s reasons, at para. 83. Again, there was no special mention of Grizzly Bear Spirit.

[30] Discussions continued. In February 2009, the Ktunaxa gave formal notice to the Minister that they wished to enter into a process to negotiate an

avec les Ktunaxa (*ibid.*). Le 12 juillet, le Ministre a approuvé un plan directeur, qui décrivait la nature, l’étendue et le rythme de réalisation de l’aménagement proposé, énonçait les exigences relatives au mode de tenure et formulait des recommandations découlant du processus d’évaluation environnementale et des consultations menées auprès de Glacier Resorts, du public et des Premières Nations.

[28] Le Ministre a avisé les Ktunaxa que l’approbation du plan directeur n’empêchait pas la prise de mesures d’atténuation additionnelles découlant de la poursuite de la consultation. Dans les mois qui ont suivi l’approbation, la discussion s’est orientée sur des enjeux économiques. Le Ministre a proposé en décembre 2007 aux Ktunaxa un accommodement qui comprenait des avantages économiques de 650 000 dollars en argent ou terres publiques ainsi que neuf mesures d’accommodement non pécuniaires. En février 2008, les Ktunaxa ont rejeté la proposition d’accommodement au motif (1) que le volet financier était [TRADUCTION] « nettement insuffisant » et (2) qu’il était inapproprié de la part du Ministre de fournir les mêmes mesures d’accommodement financières aux Shuswap et aux Ktunaxa étant donné que « les liens historiques [de ces derniers] avec la région Jumbo étaient nettement plus forts » : motifs du juge en chambre, par. 82. La lettre de rejet ne mentionnait ni la nature sacrée de la vallée Jumbo ni l’Esprit de l’Ours Grizzly.

[29] En septembre 2008, le Ministre a fait une seconde offre d’accommodement aux Ktunaxa, à savoir un partage de revenus dans le cadre d’une entente de développement économique et communautaire. Les Ktunaxa l’ont rejetée en décembre. Bien que les négociations donnaient à penser qu’un accord sur le projet de construction de la station de ski pourrait être conclu, les Ktunaxa ont rejeté la proposition au motif que la vallée Jumbo était un [TRADUCTION] « lieu unique et sacré » pour eux : motifs du juge en chambre, par. 83. Encore une fois, ils n’ont pas expressément mentionné l’Esprit de l’Ours Grizzly.

[30] Les discussions se sont donc poursuivies. En février 2009, les Ktunaxa ont formellement avisé le Ministre qu’ils souhaitaient amorcer la négociation



accommodation and benefits agreement. In April, the Minister accepted and offered additional capacity funding for the process. In May, the Ktunaxa provided the Minister with a list of outstanding issues and possible accommodation measures to be discussed, including land transfers, land reserves, a wildlife conservancy, development-free buffer zones beside the access road, access rights in the controlled recreation area, a stewardship framework for economic compensation, revenue sharing, ongoing supervision of environmental commitments, and other measures. The Ktunaxa did not place the sacred nature of the Jumbo Valley on the list of outstanding issues.

[31] On June 3, 2009, the Minister advised the Ktunaxa that, in his opinion, a reasonable consultation process had occurred and that most of the outstanding issues were “primarily interest-based rather than legally driven by asserted Aboriginal rights and title claims”: chambers judge’s reasons, at para. 86. Accordingly, he was of the view that approval for the resort could be given. The Minister expressed the intention to continue negotiating a benefits agreement with the Ktunaxa.

[32] At this point, the big issues appeared to have been resolved. In deference to the Ktunaxa claim, the MDA changed the scope of the proposed development and added new protections for Ktunaxa interests. The size of the controlled recreational area was reduced by approximately 60% and the total resort area was reduced to approximately 104 hectares. Protections for Ktunaxa access and activities were put in place, and environmental protections were established.

[33] To accommodate the Ktunaxa’s spiritual concerns, changes had been proposed to provide special protection of grizzly bear habitat:

- The lower Jumbo Creek area was removed from the recreation area because it was perceived as having greater visitation potential from grizzly bears;

d’une entente sur des mesures d’accommodement et des avantages. En avril, le Ministre a accepté leur demande et leur a alloué de nouveaux fonds pour la négociation. Le mois suivant, les Ktunaxa ont remis au Ministre une liste de questions non réglées et de mesures d’accommodement possibles dont ils souhaitaient discuter : transferts de terres, réserves foncières, conservation de la faune, zones tampons non aménagées à côté de la route d’accès, droits d’accès à la zone de loisir contrôlée, cadre de gestion pour l’indemnisation pécuniaire, partage des revenus, supervision continue des engagements environnementaux, etc. Les Ktunaxa n’ont pas inscrit la nature sacrée de la vallée Jumbo dans leur liste des questions non réglées.

[31] Le 3 juin 2009, le Ministre a avisé les Ktunaxa qu’à son avis, il y avait eu un processus de consultation raisonnable et que la plupart des questions non réglées avaient [TRADUCTION] « essentiellement trait à des intérêts plutôt qu’à des revendications de droits et de titre ancestraux » : motifs du juge en chambre, par. 86. Par conséquent, il estimait possible de donner l’aval au projet, mais a exprimé l’intention de continuer à négocier avec les Ktunaxa une entente sur les avantages.

[32] À ce stade, les grandes questions semblaient avoir été réglées. Pour respecter la demande des Ktunaxa, l’ACA a modifié l’étendue de l’aménagement proposé et ajouté de nouvelles protections à l’égard des intérêts des Ktunaxa. La taille de la zone de loisir contrôlée a été réduite d’environ 60 p. 100 et l’aire totale de la station de ski, à environ 104 hectares. Par ailleurs, des mesures ont été prévues pour protéger l’accès et les activités des Ktunaxa ainsi que l’environnement.

[33] Pour répondre aux préoccupations de nature spirituelle des Ktunaxa, on a proposé des changements pour que l’habitat du grizzly bénéficie d’une protection spéciale :

- Le secteur inférieur de Jumbo Creek a été retiré de la zone de loisir parce qu’il était perçu comme davantage susceptible d’être fréquenté par les grizzlys.

- Ski lifts were removed on the west side of the valley, where impact to grizzly bear habitat was expected to be greatest; and
- The province committed to pursuing a Wildlife Management Area to address potential impacts in relation to grizzly bears and Aboriginal claims relating to the spiritual value of the valley.
- On a retiré les remonte-pentes du côté ouest de la vallée, car on pensait que les répercussions sur l'habitat du grizzly y seraient plus importantes.
- La province s'est engagée à mettre sur pied une aire de gestion de la faune pour contrer les répercussions possibles du projet sur les grizzlys et les revendications autochtones touchant la valeur spirituelle de la vallée.

[34] On June 8, 2009, five days after the Minister had concluded that all major issues had been resolved, the Ktunaxa responded with a table of outstanding concerns. They did not list the sacred nature of the area or a threat to the grizzly bear population among their concerns.

[34] Le 8 juin 2009, soit cinq jours après que le Ministre eut conclu que toutes les questions importantes avaient été réglées, les Ktunaxa lui ont présenté un tableau des questions non résolues, dans lequel ils n'ont pas mentionné la nature sacrée de la région ni les menaces pour la population de grizzlys.

[35] At meetings on June 9 and 10, however, the Ktunaxa took a very different and uncompromising position regarding the spiritual value of Qat'muk. They asserted that the consultation process was deficient, not because interest-based issues like money and land reserves had not been concluded, but because the process had not properly considered information that the Jumbo Valley was a sacred site. They advised the Minister that only certain members of the community, knowledge keepers, possessed information about these values. Elder Chris Luke Sr. was better placed to speak to the issue. The Minister agreed to meet Mr. Luke on June 22, 2009 but the meeting did not proceed on that date. The Minister agreed to extend the consultation process with the Ktunaxa until at least December 2009 to specifically address the issue of the sacred nature of the Jumbo Valley.

[35] Aux rencontres tenues les 9 et 10 juin, les Ktunaxa ont toutefois adopté une position très différente et inflexible concernant la valeur spirituelle du Qat'muk. Ils ont affirmé que le processus de consultation était déficient, non pas en raison de questions ayant trait à des intérêts, comme l'indemnisation pécuniaire et les réserves foncières, mais parce qu'on n'avait pas adéquatement tenu compte dans le processus de renseignements selon lesquels la vallée Jumbo est un lieu sacré. Ils ont expliqué au Ministre que seuls certains membres de la collectivité, les gardiens du savoir, détenaient de l'information sur ces valeurs. L'aîné Chris Luke père était le mieux placé pour parler de cet enjeu. Le Ministre a accepté de le rencontrer le 22 juin 2009, mais la réunion n'a pas eu lieu ce jour-là. Le Ministre a accepté de prolonger la consultation auprès des Ktunaxa jusqu'au moins décembre 2009 pour traiter tout particulièrement de l'enjeu de la nature sacrée de la vallée Jumbo.

[36] After ongoing efforts to arrange a meeting about sacred values, the Minister was finally able to meet with the Ktunaxa and Mr. Luke on September 19, 2009 in Cranbrook. Mr. Luke, through translators, advised the Minister that Qat'muk was "a life and death matter", that "Jumbo is one of the major spiritual places", and that to say the sacredness of the area for the Ktunaxa was important would be

[36] Après avoir déployé des efforts constants en vue d'organiser une rencontre pour discuter des valeurs sacrées, le Ministre a finalement réussi à rencontrer les Ktunaxa et M. Luke le 19 septembre 2009 à Cranbrook. S'exprimant par l'entremise d'interprètes, M. Luke a informé le Ministre que la question du Qat'muk en était une [TRADUCTION] « de vie et de mort », que « Jumbo [était] l'un des

an understatement: chambers judge's reasons, at para. 94. He stated that any movement of earth and the construction of permanent structures would desecrate the area and destroy the valley's spiritual value. The Ktunaxa at the meeting told the Minister that there was no middle ground regarding the proposed resort. Simply put, no accommodation was possible. The Ktunaxa confirmed this position in a second meeting in Creston, B.C., on December 7, 2009. It emerged that the revelation that led to the position that permanent structures would desecrate and irrevocably devalue the sacred site came to Mr. Luke in 2004, but that health problems and secrecy concerns had prevented him from disclosing the revelation to others until 2009.

[37] The Minister persisted. After further study of the Ktunaxa's spiritual claims, on June 11, 2010 he sent the Ktunaxa a 71-page draft "Consultation/Accommodation Summary" that included seven pages devoted to describing the consultation and accommodation specifically related to the Ktunaxa's assertions regarding the sacred nature of the Jumbo Valley and invited the Ktunaxa's comments. He met with the Ktunaxa on July 8, 2010 and revisions were made to the document.

[38] The Ktunaxa responded with a 40-page document that devoted the first page and a half to sacred values. A few months later, in November 2010, the Ktunaxa issued the "Qat'muk Declaration" (Schedule "E" of 2014 BCSC 568, at pp. 115-16 (CanLII)) — a unilateral declaration of rights based on "pre-existing sovereignty". The Qat'muk Declaration mapped an area in which the Ktunaxa would not permit development. No disturbance or alteration of the ground would be permitted within an area identified as the "refuge area". Construction of buildings with permanent foundations or permanent human habitation was forbidden within the refuge area and

principaux lieux spirituels » de leur nation, et que dire que la nature sacrée du lieu est importante pour les Ktunaxa serait un euphémisme : motifs du juge en chambre, par. 94. Il a déclaré que tout déplacement de la terre ou toute construction d'installations permanentes enlèverait à la région son caractère sacré et détruirait la valeur spirituelle de la vallée. À la réunion, les Ktunaxa ont dit au Ministre qu'il n'y avait aucune solution intermédiaire au regard du projet. En termes simples, aucun accommodement n'était possible. Les Ktunaxa ont confirmé cette position lors d'une seconde rencontre le 7 décembre 2009 à Creston, en Colombie-Britannique. Il en est ressorti que M. Luke avait eu en 2004 la révélation qui a mené à la position que des installations permanentes enlèveraient au site son caractère sacré et le dévalueraient de façon irrévocable, mais que des problèmes de santé et des préoccupations liées au caractère secret de cette révélation l'avaient empêché d'en faire part à autrui avant 2009.

[37] Le Ministre a persisté. Après examen plus approfondi des revendications à caractère spirituel des Ktunaxa, il a envoyé à ces derniers, le 11 juin 2010, un document préliminaire de 71 pages, « Consultation/Accommodation Summary » (Résumé des consultations et des mesures d'accommodement). Sept pages étaient consacrées à la description des consultations et des mesures d'accommodement qui avaient directement trait aux affirmations des Ktunaxa quant à la nature sacrée de la vallée Jumbo. On invitait par ailleurs les Ktunaxa à présenter leurs observations. Il a rencontré les Ktunaxa le 8 juillet 2010 et des modifications ont été apportées au document.

[38] La réponse des Ktunaxa est contenue dans un document de 40 pages dont la première page et demie portait sur les valeurs sacrées. Quelques mois plus tard, en novembre 2010, les Ktunaxa ont publié une déclaration de droits unilatérale sur le Qat'muk, la « Qat'muk Declaration » (déclaration sur le Qat'muk) (annexe « E » de la décision 2014 BCSC 568, p. 115-116 (CanLII)), fondée sur leur [TRADUCTION] « souveraineté préexistante ». Ce document dressait la carte d'une région où les Ktunaxa empêcheraient tout aménagement. Aucune perturbation ou altération ne serait permise dans la région identifiée sous le nom d'« aire de refuge ». Il était

the access road and buffer area. This amounted to saying that the resort could not proceed, as the proposed resort was partially within the refuge area and its access road ran through the buffer area.

[39] Consistent with the Qat'muk Declaration, the Ktunaxa now took the position that negotiations were over. The only point of further discussion was to make decision makers understand why the proposed resort could not proceed. The Minister continued to explore potential mitigation and accommodation measures through additional consultations, without success. Negotiations were at an end.

[40] On March 20, 2012, the Minister signed the MDA with Glacier Resorts. The MDA contained a number of measures responding to concerns raised by the Ktunaxa during the consultations: chambers judge's reasons, at paras. 236-39.

[41] In summary, the Ktunaxa played an active part in all phases of the lengthy regulatory process leading to the approval of the resort project. As a result of the consultation that occurred during the regulation process, the resort plan was significantly reduced in scope; safeguards for the grizzly bear population and the spiritual interests of the Ktunaxa were put in place; and economic and interest-based issues, including compensation, were discussed. Areas of significant frequentation by grizzly bears were removed from the project. Progress was made and agreement seemed imminent.

[42] This trajectory toward accommodation ended in 2010, with the issuance of the Qat'muk Declaration. The Ktunaxa said at the September 2009 meeting that their spiritual concerns could not be accommodated. The 2010 Qat'muk Declaration unequivocally changed the process from a search for

interdit de construire des immeubles avec des fondations permanentes ou des habitations permanentes pour les humains dans l'aire de refuge ainsi qu'à l'intérieur de la zone tampon et sur la route d'accès, ce qui revenait à dire que le projet de station de ski ne pouvait pas aller de l'avant puisqu'il était partiellement situé dans l'aire de refuge et que sa route d'accès traversait la zone tampon.

[39] Dans la même veine que la déclaration sur le Qat'muk, les Ktunaxa ont désormais soutenu que les négociations étaient terminées. Les discussions pouvaient uniquement se poursuivre pour faire comprendre aux décideurs la raison pour laquelle le projet de station de ski ne pouvait pas aller de l'avant. Le Ministre a continué à tenter de trouver des mesures d'atténuation et d'accommodement en procédant à des consultations additionnelles, mais sans succès. Les négociations étaient terminées.

[40] Le 20 mars 2012, le Ministre a signé l'ACA avec Glacier Resorts. Le document prévoyait un certain nombre de mesures pour répondre aux préoccupations soulevées par les Ktunaxa lors des consultations : motifs du juge en chambre, par. 236-239.

[41] En résumé, les Ktunaxa ont joué un rôle actif à toutes les phases du long processus réglementaire qui a mené à l'approbation du projet de station de ski. Par suite de la consultation qui a eu lieu au cours du processus réglementaire, l'étendue du projet a été grandement réduite, des mesures ont été prises pour protéger les grizzlys et les intérêts spirituels des Ktunaxa, et des discussions ont été engagées sur des enjeux économiques et autres intérêts, notamment en matière d'indemnisation. Les zones fréquentées abondamment par les grizzlys ont été retirées du projet. Enfin, des progrès ont été réalisés et la conclusion d'un accord semblait imminente.

[42] En 2010, la déclaration sur le Qat'muk a mis fin à cette perspective d'entente sur d'éventuels accommodements. Les Ktunaxa ont dit à la réunion de septembre 2009 qu'il n'était pas possible de répondre à leurs préoccupations d'ordre spirituel. La déclaration sur le Qat'muk de 2010 a changé sans

accommodation to rejection of the entire project; from a search for protection of spiritual values inhering in the valley and the grizzly bear population, to the position that any permanent structures on the proposed resort site would drive out Grizzly Bear Spirit and destroy the foundation of Ktunaxa spiritual practice.

[43] The stance taken by the Ktunaxa in September 2009 and again in late 2010 with the issuance of the Qat'muk Declaration amounted, in effect, to a different and uncompromising claim regarding suitable accommodation. The claim now was not a claim to generalized spiritual values that could be accommodated by measures like land reserves, economic payments and environmental protections. Instead, it was an absolute claim to a sacred site, which must be preserved and protected from permanent human habitation. To identify this claim — which first arose in September 2009 and was affirmed in December 2009 and again by the Qat'muk Declaration — we refer to it below as the “Late-2009 Claim”. There was no way the proposed resort could be reconciled with this claim. The Minister made efforts to continue consultation, but, not surprisingly, they failed. In 2011, the Minister concluded that sufficient consultation had occurred and approved the resort development.

### III. Decisional History

#### A. *The Minister's Rationale*

[44] On March 20, 2012, the Minister approved the resort MDA and issued the Rationale for his decision: Schedule “F” of 2014 BCSC 568, at pp. 117-24 (CanLII) (“Rationale”). The Rationale in turn referenced the detailed Consultation/Accommodation Summary, which was finalized in March 2011: see R.R. (Minister), at pp. 66-154.

équivoque le processus : d'une recherche d'accommodements acceptables, on est passé à un rejet de l'ensemble du projet, et d'une recherche de protection des valeurs spirituelles inhérentes à la vallée et de la population de grizzlys, on en est venu à la position que toute installation permanente sur l'emplacement proposé de la station de ski chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly et détruirait le fondement de la pratique spirituelle des Ktunaxa.

[43] La position adoptée par les Ktunaxa en septembre 2009 et de nouveau à la fin de 2010 avec la publication de la déclaration sur le Qat'muk équivalait en fait à une revendication différente et inflexible au sujet d'un accommodement convenable. La revendication ne portait alors plus sur les valeurs spirituelles répandues auxquelles il serait possible de satisfaire par la prise de mesures comme la création de réserves foncières, le versement de sommes d'argent et la protection de l'environnement. Il s'agissait désormais plutôt d'une revendication absolue à l'égard d'un lieu sacré qui devait être préservé et protégé de l'habitation humaine permanente. Nous l'appelons ci-dessous « revendication de la fin de 2009 », laquelle a été formulée la première fois en septembre 2009 puis de nouveau en décembre 2009 ainsi que dans la déclaration sur le Qat'muk. Il n'y avait aucun moyen de concilier cette revendication avec le projet de station de ski. Le Ministre a essayé de poursuivre les consultations mais, sans surprise, celles-ci ont échoué. En 2011, le Ministre a conclu qu'il y avait eu des consultations suffisantes et a approuvé l'aménagement de la station de ski.

### III. Historique des décisions

#### A. *Les motifs du Ministre*

[44] Le 20 mars 2012, le Ministre a approuvé l'ACA et rendu les motifs de sa décision (annexe « F » de la décision 2014 BCSC 568, p. 117-124 (CanLII) (« Motifs »)), lesquels renvoyaient au détaillé Résumé des consultations et des mesures d'accommodement, qui a été achevé en mars 2011 (voir le d.i. (Ministre), p. 66-154).

[45] The Minister stated that while the Aboriginal claims to the area remained to be proven, he was required to give them due respect and recognition, and consult with the groups with a view to accommodating their interests. The Shuswap had concluded that sufficient consultation had occurred, but the Ktunaxa had not.

[46] The Minister stated that he recognized the genuinely sacred values at stake for the Ktunaxa leadership and knowledge keepers. He stated that it was not clear whether the Ktunaxa spiritual claims would be found to be a constitutionally protected right or whether the claimed right could be reconciled with other claimed Aboriginal rights and Ktunaxa access to the valley for a variety of traditional and modern uses, including hunting, gathering and fishing. He viewed the claim as weak, due to lack of indication that the claimed right was part of an Aboriginal tradition, practice or activity integral to the Ktunaxa culture, and the fact that details of the spiritual interest were not shared with or known to the general Ktunaxa population. (The latter point must refer to the Late-2009 Claim, since the more general spiritual claims that had been advanced from the start of the process were broadly known and shared.)

[47] The Minister reviewed the extensive record of consultation with the Ktunaxa over the past two decades, and noted the many accommodations and adjustments that had been made in an effort to accommodate their interests. These included a 60% reduction in the resort development area, on-site environmental monitors, continued use of the area for traditional practices, and measures designed to reduce the impact of the development on grizzly bears. The lower Jumbo Creek area and a ski lift on the west side of the valley had been removed from the development because of perceived greater visitation by grizzly bears in these areas. A wildlife management area had been established to address potential impacts in relation to grizzly bears and the

[45] Le Ministre a déclaré que le bien-fondé des revendications des Autochtones à l'égard de la région devait encore être prouvé, mais qu'il devait malgré tout faire preuve de respect à l'égard de ces revendications et reconnaître leur existence et qu'il devait consulter les groupes dans le but de tenir compte de leurs intérêts. Les Shuswap avaient conclu au caractère suffisant de la consultation, mais non les Ktunaxa.

[46] Le Ministre a déclaré qu'il reconnaissait les valeurs véritablement sacrées en jeu pour les dirigeants des Ktunaxa et les gardiens du savoir. Il a ajouté qu'on ne savait pas si les revendications de nature spirituelle des Ktunaxa seraient considérées comme un droit protégé par la Constitution ou si le droit revendiqué pourrait être concilié avec d'autres droits revendiqués par les Autochtones et l'accès des Ktunaxa à la vallée pour diverses activités traditionnelles et modernes, notamment la chasse, la cueillette et la pêche. À son avis, la revendication était faible car, d'une part, peu d'indices laissaient croire que le droit revendiqué faisait partie d'une tradition, pratique ou activité ancestrale essentielle à la culture des Ktunaxa et, d'autre part, en raison du fait que les détails de l'intérêt en question n'étaient ni communiqués à la population générale des Ktunaxa ni connus de cette dernière. (Le dernier point renvoie à la revendication de la fin de 2009, étant donné que les revendications plus générales de nature spirituelle invoquées depuis le début du processus étaient notoires.)

[47] Le Ministre, qui a examiné le volumineux dossier des consultations menées auprès des Ktunaxa au cours des deux dernières décennies, a indiqué qu'un grand nombre de mesures d'accommodement et d'ajustements avaient été consentis pour tenter de répondre aux intérêts de cette nation. On avait par exemple réduit de 60 p. 100 la zone d'aménagement réservée à la station de ski, dépêché sur place des inspecteurs de l'environnement, assuré l'utilisation continue de la zone pour des pratiques traditionnelles et pris des mesures pour atténuer les répercussions de l'aménagement sur les grizzlys. On avait retiré du projet le secteur inférieur de Jumbo Creek et un remonte-pente du côté ouest de la vallée parce qu'on avait l'impression que le grizzly fréquentait

spiritual value of the valley. And the province committed to continue to proactively manage the grizzly bear population through existing legislation and policies. The Minister stated in his Rationale:

For these reasons I have concluded that, on balance, the commitments and strategies in place are reasonable and minimize the potential impact to the environment and specifically, to Grizzly bear habitat. [p. 124]

[48] The Minister concluded that overall, consultation had been at the “deep end of the consultation spectrum” (p. 123). This, combined with the accommodation measures put in place, was adequate “in respect of those rights for which the strength of claim is strong, and for which potential impacts of the project could be significant” (*ibid.*). The extensive accommodation measures relating to the continued ability of the Ktunaxa to continue to exercise their Aboriginal rights, balanced against the societal benefits of the project (\$900 million in capital investment and 750 to 800 permanent, direct jobs), were reasonable.

[49] Noting once again the extensive consultation and assessment processes that had taken place, the Minister stated that he had decided to approve the MDA for the Jumbo Glacier Resort.

#### B. *The Chambers Judge’s Reasons*

[50] The Ktunaxa sought judicial review of the Minister’s decision. They filed a petition, claiming the decision violated their freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*, and breached the Crown’s duty to consult and accommodate their Aboriginal rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

davantage ces secteurs. Une aire de gestion de la faune avait été établie pour atténuer les éventuelles répercussions du projet sur les grizzlys et la valeur spirituelle de la vallée. Par ailleurs, la province s’était engagée à poursuivre la gestion proactive de la population de grizzlys grâce à la législation et aux politiques existantes. Le Ministre a déclaré ce qui suit dans ses Motifs :

[TRADUCTION] Tout bien considéré, j’ai conclu pour ces raisons que les engagements et stratégies en place sont raisonnables et minimisent les éventuelles répercussions sur l’environnement et, en particulier, sur l’habitat du grizzly. [p. 124]

[48] Le Ministre a conclu que, dans l’ensemble, la consultation s’était rendue [TRADUCTION] « à l’extrémité supérieure du continuum de consultation » (p. 123). Si l’on tient compte en outre des mesures d’accommodement prises, la consultation était adéquate « à l’égard des droits pour lesquels il existait une revendication solide, et pour lesquels les conséquences du projet pourraient être importantes » (*ibid.*). Il a jugé raisonnables les mesures importantes d’accommodement prises pour permettre aux Ktunaxa de continuer à exercer leurs droits ancestraux, par rapport aux avantages du projet pour la collectivité (investissements de 900 millions de dollars et entre 750 et 800 emplois directs et permanents).

[49] Rappelant les vastes consultations et processus d’évaluation qui avaient eu lieu, le Ministre a affirmé avoir décidé d’approuver l’ACA pour la station de ski Jumbo Glacier.

#### B. *Les motifs du juge en chambre*

[50] Les Ktunaxa ont sollicité le contrôle judiciaire de la décision du Ministre. Ils ont déposé une requête dans laquelle ils faisaient valoir que la décision portait atteinte à leur liberté de religion garantie par l’al. 2a) de la *Charte* et ne respectait pas l’obligation de la Couronne de les consulter et de tenir compte des droits ancestraux qui leur sont reconnus à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[51] The chambers judge, Savage J. (as he then was), dismissed the petition. On the *Charter* claim, he held that s. 2(a) protects against state coercion or constraint on individual conduct, but does not encompass “subjective loss of meaning” to a religion, without associated coercion or constraint on conduct (para. 299). He therefore rejected the claim that the state had a duty under s. 2(a) to stop the development because the Ktunaxa believe it would undermine their religious beliefs and practices.

[52] The chambers judge went on to say that if he were wrong in this conclusion about the scope of s. 2(a), the Minister’s actions and accommodations represented a reasonable balancing of the s. 2(a) value and the statutory objectives, and thus did not unreasonably trench on freedom of religion.

[53] On the issue of consultation, the chambers judge found that the consultation process undertaken by the Minister was reasonable and appropriate, and that the Minister’s proposed accommodations fell within a range of reasonable responses which upheld the honour of the Crown and satisfied the Crown’s duty to consult and accommodate under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

### C. *The Court of Appeal*

[54] The Court of Appeal dismissed the appeal: 2015 BCCA 352, 387 D.L.R. (4th) 10.

[55] The Court of Appeal held that the Minister’s decision did not violate the Ktunaxa’s right to freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter*. The chambers judge’s view that s. 2(a) protected only against state coercion or constraint on individual conduct was too narrow; s. 2(a) freedom implies the vitality of a religious community as a whole. The proper test was whether “the subjective loss of meaning more than trivially or substantially interfere[d] with the *communal dimension* of the s. 2(a) right

[51] Le juge en chambre, le juge Savage (maintenant juge à la Cour d’appel de la Colombie-Britannique), a rejeté la requête. Pour ce qui est de la revendication fondée sur la *Charte*, il a jugé que l’al. 2a) protège l’individu contre la coercition ou contrainte exercée par l’État, mais ne vise pas une [TRADUCTION] « perte subjective de sens » d’une religion, en l’absence de la coercition ou contrainte associée à la conduite (par. 299). Il a par conséquent rejeté l’argument des Ktunaxa selon lequel l’État était tenu par l’al. 2a) de mettre un terme au projet parce qu’ils croyaient qu’il nuirait à leurs croyances et pratiques religieuses.

[52] Le juge en chambre a ajouté que si sa conclusion au sujet de la portée de l’al. 2a) était erronée, il y avait un équilibre raisonnable entre, d’une part, les actes du Ministre et les mesures d’accommodement qu’il a prises et, d’autre part, les valeurs sous-jacentes à l’al. 2a) et les objectifs de cette disposition, et qu’il n’était par conséquent pas porté atteinte de façon déraisonnable à la liberté de religion.

[53] Sur la question de la consultation, le juge en chambre a conclu que le processus de consultation suivi par le Ministre était raisonnable et approprié et que les mesures d’accommodement proposées par ce dernier faisaient partie des réponses raisonnables de nature à préserver l’honneur de la Couronne et respectaient l’obligation de la Couronne en matière de consultation et d’accommodement découlant de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

### C. *La Cour d’appel*

[54] La Cour d’appel a rejeté l’appel : 2015 BCCA 352, 387 D.L.R. (4th) 10.

[55] Selon la Cour d’appel, la décision du Ministre ne portait pas atteinte au droit à la liberté de religion garanti aux Ktunaxa par l’al. 2a) de la *Charte*. Elle a par ailleurs trouvé trop restrictive l’opinion du juge en chambre selon laquelle l’al. 2a) n’accordait une protection qu’à l’égard de la coercition ou contrainte exercée par l’État à l’égard d’une conduite individuelle, estimant que la liberté protégée à l’al. 2a) implique la vitalité d’une communauté religieuse dans son ensemble. Le bon test



by diminishing the vitality of the Ktunaxa religious community through a disruption of the ‘deep linkages’ between the asserted religious belief and its manifestation through communal Ktunaxa institutions”: para. 67 (emphasis in original). However, protection of the communal dimension of freedom of religion does not extend to “restraining and restricting the behaviour of others who do not share that belief in the name of preserving subjective religious meaning” (para. 73). The court found that the Ktunaxa cannot, in the name of their own religious freedom, require others who do not share that belief to modify their behaviour. As stated in *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 62, “[c]onduct which would potentially cause harm to or interference with the rights of others [may not] be protected.”

[56] On s. 35, the Court of Appeal agreed with the chambers judge’s conclusion that “the process of consultation and the accommodation offered meets the reasonableness standard” (para. 93). It concluded that the chambers judge did not err in law by finding reasonable the Minister’s characterization of the potential Aboriginal right as a right to “preclude permanent development” rather than a right to “exercise spiritual practices which rely on a sacred site and require its protection” (para. 81). Nor did the chambers judge understate the scale of the alleged infringement to the Ktunaxa and apply too light a standard of consultation; in fact, deep consultation consistent with an important impact took place. Finally, the chambers judge did not err in finding that the Ktunaxa first asserted the permanent nature of the proposed project would infringe their s. 35 Aboriginal rights in 2009. In fact, the chambers judge found that what was first asserted in 2009 was the position that “no accommodation” was possible — a finding supported by the record.

consistait à déterminer si [TRADUCTION] « la perte de sens subjective [entravait] d’une manière plus que négligeable ou insignifiante la *dimension collective* du droit reconnu à l’al. 2a) en diminuant la vitalité de la communauté religieuse des Ktunaxa par la perturbation des “liens profonds” entre la croyance religieuse invoquée et sa manifestation au sein des institutions collectives des Ktunaxa » : par. 67 (en italique dans l’original). Toutefois, la protection de la dimension collective de la liberté de religion ne va pas jusqu’à « restreindre et limiter, au nom de la préservation d’un sens religieux subjectif, la conduite d’autres personnes qui ne partagent pas cette croyance » (par. 73). La Cour d’appel a conclu que les Ktunaxa ne peuvent pas, au nom de leur propre liberté de religion, exiger d’autres personnes ne partageant pas cette croyance qu’elles modifient leur comportement. Comme l’indique l’arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 62, « [u]ne conduite susceptible de causer préjudice aux droits d’autrui ou d’entraver l’exercice de ces droits [ne peut être] protégée. »

[56] Sur l’art. 35, la Cour d’appel a souscrit à la conclusion du juge en chambre selon laquelle [TRADUCTION] « le processus de consultation et l’accommodement offert satisfont à la norme du caractère raisonnable » (par. 93). D’après la Cour d’appel, le juge en chambre n’a pas commis d’erreur de droit en estimant raisonnable le fait que le Ministre a décrit l’éventuel droit ancestral comme un droit « d’empêcher tout aménagement permanent » plutôt qu’un droit de « se livrer à des pratiques spirituelles qui reposent sur un lieu sacré dont la protection est requise » (par. 81). Le juge en chambre n’a pas non plus minimisé l’étendue du préjudice dont seraient victimes les Ktunaxa ni appliqué une norme de consultation trop basse; il y a eu en effet des consultations approfondies en accord avec l’étendue du préjudice. Enfin, le juge en chambre n’a pas commis d’erreur en concluant que les Ktunaxa avaient fait valoir la première fois en 2009 que la nature permanente du projet porterait atteinte à leurs droits ancestraux reconnus à l’art. 35. En fait, il a conclu que ce qui a été exprimé la première fois en 2009, c’est la position qu’« aucun accommodement » n’était possible — conclusion étayée par le dossier.

IV. Issues

- [57] A. Did the Minister's decision violate the Ktunaxa's freedom of conscience and religion?
- B. Was the Minister's decision that the Crown had met its duty to consult and accommodate under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* reasonable?

V. Analysis

- A. *Did the Minister's Decision Violate the Ktunaxa's Freedom of Conscience and Religion?*

(1) The Claim

[58] The Ktunaxa contend that the Minister's decision to allow the Glacier Resorts project to proceed violates their right to freedom of conscience and religion protected by s. 2(a) of the *Charter*. This claim is asserted independently from the Ktunaxa's s. 35 claim. Even if the Minister undertook adequate consultation under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, his decision could be impeached on the ground that it violated the Ktunaxa's *Charter* guarantee of freedom of religion. We note that with respect to the s. 2(a) claim, the Ktunaxa stand in the same position as non-Aboriginal litigants.

[59] The Ktunaxa assert that the project, and in particular permanent overnight accommodation, will drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk. As Grizzly Bear Spirit is central to Ktunaxa religious beliefs and practices, its departure, they say, would remove the basis of their beliefs and render their practices futile. The Ktunaxa argue that the vitality of their religious community depends on maintaining the presence of Grizzly Bear Spirit in Qat'muk.

[60] The Ktunaxa fault the Minister for not having considered their right to freedom of religion in

IV. Questions en litige

- [57] A. La décision du Ministre a-t-elle violé la liberté de conscience et de religion des Ktunaxa?
- B. Était-il raisonnable de la part du Ministre de décider que la Couronne s'était acquittée de l'obligation de consultation et d'accommodement que lui impose l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

V. Analyse

- A. *La décision du Ministre a-t-elle violé la liberté de conscience et de religion des Ktunaxa?*

(1) La prétention

[58] Les Ktunaxa soutiennent que la décision du Ministre d'autoriser la poursuite du projet de Glacier Resorts viole leur droit à la liberté de conscience et de religion protégé par l'al. 2a) de la *Charte*. Cette prétention est présentée indépendamment de la revendication des Ktunaxa fondée sur l'art. 35. Même si le Ministre a procédé à une consultation adéquate au titre de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, sa décision pourrait être attaquée au motif qu'elle a porté atteinte à la liberté de religion des Ktunaxa garantie par la *Charte*. Nous tenons à souligner qu'en ce qui concerne la revendication fondée sur l'al. 2a), la situation des Ktunaxa est la même que celle des plaideurs non autochtones.

[59] Les Ktunaxa affirment que le projet, et en particulier les installations permanentes d'hébergement pour la nuit, chassera l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk. Comme cet esprit est au cœur de leurs croyances et pratiques religieuses, ils disent que son départ aurait pour effet d'éliminer le fondement de leurs croyances et de rendre inutiles leurs pratiques. Les Ktunaxa plaident que la vitalité de leur communauté religieuse dépend du maintien de la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly dans le Qat'muk.

[60] Les Ktunaxa reprochent au Ministre de ne pas avoir tenu compte dans sa décision de leur droit

the course of his decision. The Ktunaxa raised the potential breach of s. 2(a) before the Minister. Nevertheless, the Minister's Rationale for approving the Jumbo Glacier Resort did not analyze the s. 2(a) claim. The Minister should have discussed the s. 2(a) claim. However, his failure to conduct an analysis of the Ktunaxa's right to freedom of religion is immaterial because the claim falls outside the scope of s. 2(a). This was the finding of both the chambers judge and the Court of Appeal and we agree, though for somewhat different reasons.

## (2) The Scope of Freedom of Religion

[61] The first step where a claim is made that a law or governmental act violates freedom of religion is to determine whether the claim falls within the scope of s. 2(a). If not, there is no need to consider whether the decision represents a proportionate balance between freedom of religion and other considerations: *Amselem*, at para. 181.

[62] The seminal case on the scope of the *Charter* guarantee of freedom of religion is this Court's decision in *Big M Drug Mart*. The majority of the Court, per Justice Dickson (as he then was), defined s. 2(a) as protecting "the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination" (p. 336).

[63] So defined, s. 2(a) has two aspects — the freedom to hold religious beliefs and the freedom to manifest those beliefs. This definition has been adopted in subsequent cases: *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613, at para. 58; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 68; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 159; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 32; *Amselem*, at para. 40.

à la liberté de religion. Ils ont soutenu devant lui qu'il pourrait y avoir contravention à l'al. 2a). Malgré cela, les motifs pour lesquels le Ministre a approuvé le projet Jumbo Glacier ne contenaient pas d'analyse de la revendication fondée sur l'al. 2a). Le Ministre aurait dû analyser cette revendication. L'omission du Ministre d'examiner le droit à la liberté de religion des Ktunaxa est toutefois sans importance parce que la revendication ne relève pas de l'al. 2a). C'est la conclusion à laquelle sont arrivés le juge en chambre et la Cour d'appel et nous partageons leur avis, quoique pour des raisons quelque peu différentes.

## (2) La portée de la liberté de religion

[61] Lorsqu'un intéressé fait valoir qu'une mesure législative ou une action de l'État viole sa liberté de religion, la première étape consiste à juger si l'allégation relève de l'al. 2a). Dans la négative, il n'est pas nécessaire de chercher à savoir si la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée de la liberté de religion et d'autres facteurs : *Amselem*, par. 181.

[62] L'arrêt de principe sur l'étendue de la liberté de religion garantie par la *Charte* est *Big M Drug Mart*. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a décrit l'al. 2a) comme protégeant « le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles, et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation » (p. 336).

[63] Ainsi défini, l'al. 2a) comporte deux volets : la liberté d'avoir des croyances religieuses et celle de manifester ces croyances. Cette définition a été reprise dans des arrêts ultérieurs : *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613, par. 58; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 68; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 159; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 32; *Amselem*, par. 40.

[64] These two aspects of the right to freedom of religion — the freedom to hold a religious belief and the freedom to manifest it — are reflected in international human rights law. Article 18 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948) (“UDHR”), first defined the right in international law in these terms: “Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance.”

[65] Similarly, art. 18(1) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47 (“ICCPR”), defined the right to freedom of religion as consisting of “freedom to have or to adopt a religion or belief of [one’s] choice” and “freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching”. The relevance of art. 18(1) of the ICCPR to s. 2(a) of the *Charter* was considered by a noted human rights jurist, Tarnopolsky J.A., in *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395 (C.A.). He observed that art. 18(1) defined freedom of religion “as including not only the right to have or adopt a religion or belief of one’s choice, but also to be able to ‘manifest’ the religion or belief” (p. 421 (emphasis deleted)), and added that s. 2(a) of the *Charter* — then a new and judicially unconsidered feature of Canada’s Constitution — should be “interpreted in conformity with our international obligations” (p. 420). On further appeal to this Court, Dickson C.J. approved Tarnopolsky J.A.’s approach to s. 2(a), noting that his definition of freedom of religion “to include the freedom to manifest and practice one’s religious beliefs . . . anticipated conclusions which were reached by this Court in the *Big M Drug Mart Ltd.* case”: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 735. Later, in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 349, Dickson C.J. proposed, as Tarnopolsky J.A. had done, that the *Charter* be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in Canada’s international human rights obligations. The Court has since

[64] Ces deux volets du droit à la liberté de religion — la liberté d’avoir une croyance religieuse et la liberté de la manifester — trouvent leur expression dans le droit international en matière de droits de la personne. L’article 18 de la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948) (« DUDH »), a défini ainsi pour la première fois ce droit en droit international : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu’en privé, par l’enseignement, les pratiques, le culte et l’accomplissement des rites. »

[65] De même, le par. 18(1) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47 (« PIDCP »), a défini le droit à la liberté de religion comme « la liberté d’avoir ou d’adopter une religion ou une conviction de son choix » et « la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu’en privé, par le culte et l’accomplissement des rites, les pratiques et l’enseignement ». La pertinence du par. 18(1) du PIDCP pour l’al. 2a) de la *Charte* a été examinée par un éminent juriste des droits de la personne, le juge Tarnopolsky, dans *R. c. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395 (C.A.). Il a fait observer que, selon le par. 18(1), la liberté de religion [TRADUCTION] « comprend non seulement le droit d’avoir ou d’adopter une religion ou une conviction de son choix, mais aussi la faculté de “manifester” la religion ou conviction » (p. 421 (soulignement omis)), et ajouté que l’al. 2a) de la *Charte* — alors un nouvel aspect de la Constitution canadienne sur lequel les tribunaux ne s’étaient pas encore penchés — doit être « interprété conformément à nos obligations internationales » (p. 420). À la suite du pourvoi formé devant notre Cour, le juge en chef Dickson a souscrit à la manière dont le juge Tarnopolsky a abordé l’al. 2a) et signalé qu’en définissant la liberté de religion « comme incluant la liberté de manifester et de mettre en pratique ses croyances religieuses [. . .] le juge Tarnopolsky a devancé les conclusions tirées par notre Cour dans l’arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* » : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 735. Puis, dans le *Renvoi relatif à la Public Service*

adopted this interpretive presumption: *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 70; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157, at paras. 22-23 and 25; *India v. Badesha*, 2017 SCC 44, [2017] 2 S.C.R. 127, at para. 38.

[66] The two aspects of freedom of religion enunciated in the UDHR and ICCPR are also found in international human rights instruments to which Canada is not a party. Article 9(1) of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, recognizes everyone’s right to “freedom of thought, conscience and religion” including “freedom . . . to manifest [one’s] religion or belief, in worship, teaching, practice and observance”. The *American Convention on Human Rights*, 1144 U.N.T.S. 123, provides, at art. 12(1), that “[e]veryone has the right to freedom of conscience and of religion” including “freedom to profess or disseminate one’s religion or beliefs”, while art. 12(3) indicates that the “[f]reedom to manifest one’s religion and beliefs” may be subject only to lawful limitations. While these instruments are not binding on Canada and therefore do not attract the presumption of conformity, they are nevertheless important illustrations of how freedom of religion is conceived around the world.

[67] The scope of freedom of religion in these instruments is expressed in terms of the right’s two aspects: the freedom to believe and the freedom to manifest belief. This Court’s definition from *Big M Drug Mart*, consistently applied in later cases, is in keeping with this conception of the right’s scope. The question, then, is whether the Ktunaxa’s claim falls within that scope.

*Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 349, le juge en chef Dickson a proposé, à l’instar du juge Tarnopolsky, de présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les obligations internationales du Canada relatives aux droits de la personne. La Cour a depuis fait sienne cette présomption d’interprétation : *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 70; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 22-23 et 25; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127, par. 38.

[66] Les deux volets de la liberté de religion énoncés dans la DUDH et le PIDCP figurent aussi dans les instruments internationaux sur les droits de l’homme auxquels le Canada n’est pas partie. Le paragraphe 9(1) de la *Convention européenne des droits de l’homme*, 213 R.T.N.U. 221, reconnaît à toute personne le droit à « la liberté de pensée, de conscience et de religion », notamment « la liberté [. . .] de manifester sa religion ou sa conviction [. . .] par le culte, l’enseignement, les pratiques et l’accomplissement des rites ». La *Convention américaine relative aux droits de l’homme*, 1144 R.T.N.U. 123, dispose, en son par. 12(1), que « [t]oute personne a droit à la liberté de conscience et de religion », y compris « la liberté de professer et de répandre sa foi ou ses croyances », tandis que le par. 12(3) indique que « [l]a liberté de manifester sa religion ou ses croyances » ne peut être assortie que de restrictions prévues par la loi. Bien que ces instruments ne lient pas le Canada et ne font donc pas intervenir la présomption de conformité, ils constituent des illustrations importantes de la manière dont on conçoit la liberté de religion partout dans le monde.

[67] La portée de la liberté de religion est exprimée dans ces instruments sous l’angle des deux volets du droit : la liberté de croire et la liberté de manifester une croyance. La définition donnée par notre Cour dans *Big M Drug Mart* et systématiquement appliquée par la suite concorde avec cette conception de la portée du droit. Il s’agit alors de savoir si la revendication des Ktunaxa s’inscrit dans cette portée.

(3) Application to This Case

[68] To establish an infringement of the right to freedom of religion, the claimant must demonstrate (1) that he or she sincerely believes in a practice or belief that has a nexus with religion, and (2) that the impugned state conduct interferes, in a manner that is non-trivial or not insubstantial, with his or her ability to act in accordance with that practice or belief: see *Multani*, at para. 34.

[69] In this case, it is undisputed that the Ktunaxa sincerely believe in the existence and importance of Grizzly Bear Spirit. They also believe that permanent development in Qat'muk will drive this spirit from that place. The chambers judge indicated that Mr. Luke came to this belief in 2004 but whether this belief is ancient or recent plays no part in our s. 2(a) analysis. The *Charter* protects all sincere religious beliefs and practices, old or new.

[70] The second part of the test, however, is not met in this case. This stage of the analysis requires an objective analysis of the interference caused by the impugned state action: *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235, at para. 24. The Ktunaxa must show that the Minister's decision to approve the development interferes either with their freedom to believe in Grizzly Bear Spirit or their freedom to manifest that belief. But the Minister's decision does neither of those things. This case is not concerned with either the freedom to hold a religious belief or to manifest that belief. The claim is rather that s. 2(a) of the *Charter* protects the presence of Grizzly Bear Spirit in Qat'muk. This is a novel claim and invites this Court to extend s. 2(a) beyond the scope recognized in our law.

[71] We would decline this invitation. The state's duty under s. 2(a) is not to protect the object of beliefs, such as Grizzly Bear Spirit. Rather, the state's duty is to protect everyone's freedom to hold such beliefs and to manifest them in worship and practice or by teaching and dissemination. In short, the *Charter* protects the freedom to worship, but does

(3) Application en l'espèce

[68] Pour démontrer qu'il y a atteinte au droit à la liberté de religion, le demandeur doit établir (1) qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion, et (2) que la conduite qu'il reproche à l'État nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance : voir *Multani*, par. 34.

[69] Dans la présente affaire, nul ne conteste que les Ktunaxa croient sincèrement en l'existence et l'importance de l'Esprit de l'Ours Grizzly. Ils croient aussi qu'un aménagement permanent à l'intérieur du Qat'muk en chassera cet esprit. Selon le juge en chambre, M. Luke est parvenu à cette croyance en 2004, mais le caractère ancien ou récent de cette croyance ne joue aucun rôle dans notre analyse fondée sur l'al. 2a). La *Charte* protège toutes les croyances et pratiques religieuses sincères, qu'elles soient anciennes ou récentes.

[70] Il n'est toutefois pas satisfait au second volet du critère en l'espèce. À ce stade de l'analyse, il faut examiner objectivement l'atteinte causée par l'acte reproché à l'État : *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 24. Les Ktunaxa doivent démontrer que la décision du Ministre d'approuver l'aménagement porte atteinte soit à leur liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly, soit à leur liberté de manifester cette croyance. Or, la décision ne porte atteinte à aucune de ces libertés. La présente affaire ne porte ni sur la liberté d'avoir une croyance religieuse ni sur celle de manifester cette croyance, mais plutôt sur l'allégation que l'al. 2a) de la *Charte* assure la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly dans le Qat'muk. Par cette allégation inédite, on invite la Cour à étendre l'al. 2a) au-delà de ce que reconnaît le droit canadien.

[71] Nous sommes d'avis de décliner cette invitation. L'obligation imposée à l'État par l'al. 2a) ne consiste pas à protéger l'objet des croyances, comme l'Esprit de l'Ours Grizzly. Il incombe plutôt à l'État de protéger la liberté de toute personne d'avoir pareilles croyances et de les manifester par le culte et la pratique ou par l'enseignement et la propagation.

not protect the spiritual focal point of worship. We have been directed to no authority that supports the proposition that s. 2(a) protects the latter, rather than individuals' liberty to hold a belief and to manifest that belief. Section 2(a) protects the freedom to pursue practices, like the wearing of a kirpan in *Multani* or refusing to be photographed in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567. And s. 2(a) protects the right to freely hold the religious beliefs that motivate such practices. In this case, however, the appellants are not seeking protection for the freedom to believe in Grizzly Bear Spirit or to pursue practices related to it. Rather, they seek to protect Grizzly Bear Spirit itself and the subjective spiritual meaning they derive from it. That claim is beyond the scope of s. 2(a).

[72] The extension of s. 2(a) proposed by the Ktunaxa would put deeply held personal beliefs under judicial scrutiny. Adjudicating how exactly a spirit is to be protected would require the state and its courts to assess the content and merits of religious beliefs. In *Amselem*, this Court chose to protect *any* sincerely held belief rather than examining the specific merits of religious beliefs:

In my view, the State is in no position to be, nor should it become, the arbiter of religious dogma. Accordingly, courts should avoid judicially interpreting and thus determining, either explicitly or implicitly, the content of a subjective understanding of religious requirement, “obligation”, precept, “commandment”, custom or ritual. Secular judicial determinations of theological or religious disputes, or of contentious matters of religious doctrine, unjustifiably entangle the court in the affairs of religion.

(para. 50, per Iacobucci J.)

The Court in *Amselem* concluded that such an inquiry into profoundly personal beliefs would be inconsistent with the principles underlying freedom of religion (para. 49).

Bref, la *Charte* protège la liberté de culte, mais non le point de mire spirituel du culte. On ne nous a présenté aucune source qui étaye la proposition selon laquelle l'al. 2a) protège cette composante plutôt que la liberté des individus d'avoir une croyance et de la manifester. L'alinéa 2a) protège la liberté de se livrer à des pratiques, comme le port d'un kirpan (dans *Multani*) ou le refus d'être photographié (dans *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567). L'alinéa 2a) protège en outre le droit à la liberté d'avoir des croyances religieuses qui motivent de telles pratiques. Or, en l'espèce, les appelants ne réclament pas la protection de la liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly ou de s'adonner à des pratiques connexes. Ils sollicitent plutôt la protection de l'Esprit de l'Ours Grizzly lui-même et du sens spirituel subjectif qu'ils en dégagent. Cette revendication déborde le cadre de l'al. 2a).

[72] L'élargissement de l'al. 2a) proposé par les Ktunaxa exposerait les croyances intimes profondes au contrôle des tribunaux. Statuer sur la protection exacte dont doit bénéficier un esprit reviendrait à obliger l'État et ses tribunaux à juger de la teneur et du bien-fondé de croyances religieuses. Dans *Amselem*, notre Cour a choisi de protéger *toute* croyance sincère au lieu d'examiner le bien-fondé précis de croyances religieuses :

À mon avis, l'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir. Les tribunaux devraient donc éviter d'interpréter — et ce faisant de déterminer —, explicitement ou implicitement, le contenu d'une conception subjective de quelque exigence, « obligation », précepte, « commandement », coutume ou rituel d'ordre religieux. Statuer sur des différends théologiques ou religieux ou sur des questions litigieuses touchant la doctrine religieuse amènerait les tribunaux à s'empêtrer sans justification dans le domaine de la religion.

(par. 50, le juge Iacobucci)

Dans *Amselem*, la Cour a conclu que pareil examen des croyances intimes profondes est incompatible avec les principes de base de la liberté de religion (par. 49).

[73] The Ktunaxa argue that the *Big M Drug Mart* definition of the s. 2(a) guarantee has been subsequently enriched by an understanding that freedom of religion has a communal aspect, and that the state cannot act in a way that constrains or destroys the communal dimension of a religion. Grizzly Bear Spirit's continued occupation of Qat'muk is essential to the communal aspect of Ktunaxa religious beliefs and practices, they assert. State action that drives Grizzly Bear Spirit from Qat'muk will, the Ktunaxa say, "constrain" or "interfere" with — indeed destroy — the communal aspect of s. 2(a) protection.

[74] The difficulty with this argument is that the communal aspect of the claim is also confined to the scope of freedom of religion under s. 2(a). It is true that freedom of religion under s. 2(a) has a communal aspect: *Loyola; Hutterian Brethren*, at para. 89; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650. But the communal aspects of freedom of religion do not, and should not, extend s. 2(a)'s protection beyond the freedom to have beliefs and the freedom to manifest them.

[75] We conclude that s. 2(a) protects the freedom to have and manifest religious beliefs, and that the Ktunaxa's claim does not fall within these parameters. It is therefore unnecessary to consider whether the Minister's decision represents a reasonable balance between freedom of religion and other considerations.

B. *Was the Minister's Decision That the Crown Had Met Its Duty to Consult and Accommodate Under Section 35 of the Constitution Act, 1982 Reasonable?*

[76] The Ktunaxa say that the Minister's decision that consultation and accommodation had been sufficient to satisfy s. 35 was unreasonable, which in turn rendered his decision to approve the resort unreasonable and invalid.

[73] Les Ktunaxa soutiennent que la définition de la garantie de l'al. 2a) formulée dans *Big M Drug Mart* a été ultérieurement enrichie par la compréhension du fait que la liberté de religion comporte un volet collectif et que l'État ne peut agir d'une façon qui restreint ou détruit la dimension collective d'une religion. Selon eux, le maintien de la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly au Qat'muk est essentiel au volet collectif des croyances et pratiques religieuses des Ktunaxa. Aux dires des Ktunaxa, l'action de l'État qui a pour effet de chasser l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk [TRADUCTION] « restreindrait » ou « entraverait » — voire détruirait — le volet collectif de la protection offerte par l'al. 2a).

[74] Le problème que pose cet argument est que le volet collectif de la revendication doit lui aussi s'inscrire dans les limites de la liberté de religion reconnue à l'al. 2a). Il est vrai que cette liberté de religion comporte un volet collectif : *Loyola; Hutterian Brethren*, par. 89; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650. Toutefois, la dimension collective de la liberté de religion n'étend pas, et ne doit pas étendre, la protection accordée par l'al. 2a) au-delà de la liberté d'avoir des croyances et de la liberté de les manifester.

[75] Nous concluons que l'al. 2a) protège la liberté d'avoir des croyances religieuses et de les manifester et que la revendication des Ktunaxa ne relève pas de ces paramètres. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si la décision du Ministre représente une mise en balance raisonnable de la liberté de religion et d'autres facteurs.

B. *Était-il raisonnable pour le Ministre de décider que la Couronne s'était acquittée de l'obligation de consultation et d'accommodement que lui impose l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982?*

[76] Les Ktunaxa affirment qu'il était déraisonnable de la part du Ministre de décider que les consultations menées et les mesures d'accommodement prises étaient suffisantes pour respecter l'art. 35, et que cela rendait par ricochet déraisonnable et invalide sa décision d'approuver la station de ski.



[77] The Minister's decision that an adequate consultation and accommodation process occurred is entitled to deference: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 62. The chambers judge was required to determine whether the Minister reasonably concluded that the Crown's obligation to consult and accommodate had been met. A reviewing judge does not decide the constitutional issues raised in isolation on a standard of correctness, but asks rather whether the decision of the Minister, on the whole, was reasonable.

(1) The Legal Requirements of the Section 35 Consultation and Accommodation Process

[78] The constitutional guarantee of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* is not confined to treaty rights or to proven or settled Aboriginal rights and title claims. Section 35 also protects the potential rights embedded in as-yet unproven Aboriginal claims and, pending the determination of such claims through negotiation or otherwise, may require the Crown to consult and accommodate Aboriginal interests: *Haida Nation*, at paras. 25 and 27. Where, as here, a permit is sought to use or develop lands subject to an unproven Aboriginal claim, the government is required to consult with the affected Aboriginal group and, where appropriate, accommodate the group's claim pending its final resolution. This obligation flows from the honour of the Crown and is constitutionalized by s. 35.

[79] The extent of the Crown's duty to consult and accommodate in the case of an unproven Aboriginal claim varies with the *prima facie* strength of the claim and the effect the proposed development or use will have on the claimed Aboriginal right: *Haida Nation*, at paras. 43-44. A strong *prima facie* claim and significant impact may require deep consultation. A weak claim or transient impact may

[77] Il convient de faire preuve de déférence à l'égard de la décision du Ministre selon laquelle les consultations menées et les mesures d'accommodement prises étaient adéquates : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 62. Le juge en chambre devait décider s'il était raisonnable de la part du Ministre de conclure que la Couronne s'était acquittée de son obligation de consulter et d'accommoder. Un juge qui siège en révision ne tranche pas les questions constitutionnelles soulevées de façon isolée selon la norme de la décision correcte, mais se demande plutôt si la décision du Ministre, prise dans son ensemble, était raisonnable.

(1) Les exigences juridiques du processus de consultation et d'accommodement établi à l'art. 35

[78] La garantie constitutionnelle de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne vise pas uniquement les droits issus de traités ou les revendications prouvées ou réglées de droits ancestraux et de titre ancestral. L'article 35 protège aussi les droits éventuels inhérents aux revendications autochtones qui n'ont pas encore été formellement établies et il peut obliger la Couronne à consulter les Autochtones et à prendre en compte leurs intérêts en attendant qu'il soit statué sur ces revendications par la négociation ou une autre procédure : *Nation haïda*, par. 25 et 27. Lorsque, comme en l'espèce, on demande un permis pour utiliser ou aménager des terres qui font l'objet d'une revendication autochtone dont le bien-fondé n'a pas été démontré, le gouvernement est tenu de consulter le groupe autochtone touché et, s'il y a lieu, de tenir compte de la revendication du groupe en attendant son règlement définitif. Cette obligation découle de l'honneur de la Couronne et est constitutionnalisée à l'art. 35.

[79] L'étendue de l'obligation de la Couronne de consulter les Autochtones et de tenir compte d'une revendication autochtone non encore établie varie selon la solidité de la revendication à première vue et l'effet du projet d'aménagement ou d'utilisation des terres sur le droit ancestral revendiqué : *Nation haïda*, par. 43-44. Une revendication solide à première vue et des conséquences importantes peuvent

attract a lighter duty of consultation. The duty is to consult and, where warranted, accommodate. Section 35 guarantees a process, not a particular result. The Aboriginal group is called on to facilitate the process of consultation and accommodation by setting out its claims clearly (*Haida Nation*, at para. 36) and as early as possible. There is no guarantee that, in the end, the specific accommodation sought will be warranted or possible. The ultimate obligation is that the Crown act honourably.

[80] The holdings of *Haida Nation*, as they pertain to this case, may be summarized as follows:

- The duty to consult and, if appropriate, accommodate pending the resolution of claims is grounded in the honour of the Crown, and must be understood generously to achieve reconciliation (paras. 16-17).
- The Crown, acting honourably, cannot “cavalierly run roughshod over Aboriginal interests where claims affecting these interests are being seriously pursued in the process of treaty negotiation”; it must consult and, if appropriate, accommodate the Aboriginal interest (para. 27).
- The duty to consult is triggered by the Crown having “[k]nowledge of a credible but unproven claim” (para. 37).
- The content of the duty to consult and accommodate varies with the strength of the claim and the significance of the potential adverse effect on the Aboriginal interest (para. 39). Cases with a weak claim, a limited Aboriginal right, or a minor intrusion may require only notice, information, and response to queries. At the other end of the spectrum, a strong *prima facie* case with significant intrusion on an important right may require the Crown to engage in “deep consultation” and to accommodate the interest

nécessiter une consultation approfondie. Une revendication faible ou des conséquences temporaires peuvent commander une consultation moins vaste. L’obligation en est une de consultation et, s’il y a lieu, d’accommodement. L’article 35 garantit un processus, et non un résultat précis. Le groupe autochtone est appelé à faciliter le processus de consultation et d’accommodement en énonçant ses revendications clairement (*Nation haïda*, par. 36) et le plus tôt possible. Rien ne garantit qu’en fin de compte il sera justifié ou possible d’obtenir l’accommodement précis demandé. L’obligation incontournable est que la Couronne agisse honorablement.

[80] Les conclusions de *Nation haïda* applicables en l’espèce peuvent être résumées comme suit :

- L’obligation de consulter et, s’il y a lieu, d’accommoder en attendant le règlement des revendications découle du principe de l’honneur de la Couronne et doit recevoir une interprétation généreuse pour que l’on parvienne à une réconciliation (par. 16-17).
- La Couronne, qui agit honorablement, ne peut « traiter cavalièrement les intérêts autochtones qui font l’objet de revendications sérieuses dans le cadre du processus de négociation et d’établissement d’un traité »; elle doit consulter et, s’il y a lieu, prendre en compte l’intérêt des Autochtones (par. 27).
- L’obligation de consulter découle de la « connaissance [par la Couronne] d’une revendication crédible mais non encore établie » (par. 37).
- Le contenu de l’obligation de consulter et d’accommoder varie selon la solidité de la revendication et l’importance de l’effet préjudiciable potentiel sur l’intérêt autochtone (par. 39). Les cas où la revendication est peu solide, le droit ancestral, limité ou le risque d’atteinte, faible peuvent nécessiter uniquement un avis, une communication de renseignements et de réponses aux questions. À l’autre extrémité du continuum, les cas où la revendication repose sur une preuve solide à première vue et où le

by altering its plans. Between these extremes lie other cases (paras. 43-45).

- When the consultation process suggests amendment of Crown policy, a duty to reasonably accommodate the Aboriginal interest may arise (para. 47).
  - The duty to consult and, if appropriate, accommodate the Aboriginal interest is a two-way street. The obligations on the Crown are to provide notice and information on the project, and to consult with the Aboriginal group about its concerns. The obligations on the Aboriginal group include: defining the elements of the claim with clarity (para. 36); not frustrating the Crown's reasonable good faith attempts; and not taking unreasonable positions to thwart the Crown from making decisions or acting where, despite meaningful consultation, agreement is not reached (para. 42).
  - The duty to consult and, if appropriate, accommodate Aboriginal interests may require the alteration of a proposed development. However, it does not give Aboriginal groups a veto over developments pending proof of their claims. Consent is required only for *proven* claims, and even then only in certain cases. What is required is a balancing of interests, a process of give and take (paras. 45 and 48-50).
- droit et l'atteinte potentielle sont d'une haute importance peuvent obliger la Couronne à tenir une « consultation approfondie » et à prendre en compte les intérêts en modifiant ses projets. D'autres situations se situent entre ces deux extrémités (par. 43-45).
  - S'il ressort des consultations que des modifications à la politique de la Couronne s'imposent, une obligation de tenir raisonnablement compte de l'intérêt autochtone peut prendre naissance (par. 47).
  - L'obligation de consulter et, le cas échéant, de tenir compte de l'intérêt ancestral implique une réciprocité. Les obligations de la Couronne consistent à donner un avis et des renseignements sur le projet et à consulter le groupe autochtone au sujet de ses préoccupations. Quant au groupe autochtone, il doit notamment définir clairement les éléments de ses revendications (par. 36), ne pas contrecarrer les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne pas défendre des positions déraisonnables pour empêcher la Couronne de prendre des décisions ou d'agir dans les cas où, malgré une véritable consultation, on ne parvient pas à s'entendre (par. 42).
  - L'obligation de consulter et, le cas échéant, de tenir compte des intérêts autochtones peut nécessiter la modification d'un projet. Elle ne confère toutefois pas aux groupes autochtones un droit de veto à l'égard des projets en attendant que leurs revendications soient établies. Le consentement n'est requis que dans les cas des revendications *établies* et, même en pareille éventualité, seules certaines de ces revendications requièrent un consentement. Ce qu'il faut faire, c'est de mettre en balance les intérêts, un processus de concessions mutuelles (par. 45 et 48-50).

[81] The steps in a consultation process may be summarized as follows:

1. Initiation of the consultation process, triggered when the Crown has knowledge, whether real

[81] Les étapes du processus de consultation peuvent être résumées ainsi :

1. Initiation du processus de consultation dès que la Couronne a connaissance, réellement ou par

or constructive, of the potential existence of an Aboriginal right or treaty right and contemplates conduct that might adversely affect it;

2. Determination of the level of consultation required, by reference to the strength of the *prima facie* claim and the significance of the potential adverse impact on the Aboriginal interest;
3. Consultation at the appropriate level; and
4. If the consultation shows it is appropriate, accommodation of the Aboriginal interest, pending final resolution of the underlying claim.

This summary of the steps in a consultation process is offered as guidance to assist parties in ensuring that adequate consultation takes place, not as a rigid test or a perfunctory formula. In the end there is only one question — whether in fact the consultation that took place was adequate.

(2) Was the Minister’s Conclusion That the Consultation Process Satisfied Section 35 Reasonable?

[82] After an extensive regulatory process and negotiations with the Ktunaxa spanning two decades, the Minister concluded that the s. 35 duty of consultation and accommodation had been satisfied, and authorized the Glacier Resorts ski project. As noted, a court reviewing an administrative decision under s. 35 does not decide the constitutional issue *de novo* for itself. Rather, it must ask whether the administrative decision maker’s finding on the issue was reasonable. The question before us is whether the Minister’s conclusion, that consultation and accommodation sufficient to satisfy s. 35 had occurred, was reasonable.

[83] The s. 35 obligation to consult and accommodate regarding unproven claims is a right to a process, not to a particular outcome. The question is

interprétation, de l’existence possible d’un droit ancestral ou issu d’un traité et envisage d’accomplir un acte susceptible de lui porter préjudice;

2. Détermination du niveau de consultation requis en fonction de la solidité à première vue de la revendication et de l’importance de l’effet préjudiciable potentiel sur l’intérêt autochtone;
3. Consultation au degré approprié;
4. S’il ressort de la consultation que cela est indiqué, prise en compte de l’intérêt autochtone jusqu’au règlement définitif de la revendication sous-jacente.

Le résumé ci-dessus des étapes du processus de consultation sert de guide pour aider les parties à garantir une consultation adéquate; il ne se veut pas un critère rigoureux ou une formule superficielle. Au bout du compte, il n’y a qu’une seule question à se poser : la consultation qui a eu lieu était-elle réellement adéquate?

(2) La conclusion du Ministre selon laquelle le processus de consultation respecte l’art. 35 était-elle raisonnable?

[82] Au terme d’un long processus réglementaire et de négociations avec les Ktunaxa qui se sont échelonnés sur deux décennies, le Ministre a conclu qu’il avait été satisfait à l’obligation de consultation et d’accommodement visée à l’art. 35 et il a autorisé le projet de station de ski de Glacier Resorts. Comme nous l’avons signalé, la cour qui contrôle une décision administrative au titre de l’art. 35 ne tranche pas la question constitutionnelle *de novo*, de façon indépendante. Elle doit plutôt se demander si la conclusion du décideur administratif sur cette question était raisonnable. La question dont nous sommes saisis consiste à savoir s’il était raisonnable de la part du Ministre de conclure que la consultation et les mesures d’accommodement étaient suffisantes pour respecter l’art. 35.

[83] L’obligation de consultation et d’accommodement visée à l’art. 35 pour ce qui est des revendications non établies est un droit à un processus,

not whether the Ktunaxa obtained the outcome they sought, but whether the process is consistent with the honour of the Crown. While the hope is always that s. 35 consultation will lead to agreement and reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal interests, *Haida Nation* makes clear that in some situations this may not occur, and that s. 35 does not give unsatisfied claimants a veto over development. Where adequate consultation has occurred, a development may proceed without the consent of an Indigenous group.

[84] The Ktunaxa's petition asked the chambers judge to issue a declaration that Qat'muk is sacred to the Ktunaxa and that permanent construction is banned from that site. In effect, they ask the courts, in the guise of judicial review of an administrative decision, to pronounce on the validity of their claim to a sacred site and associated spiritual practices. This declaration cannot be made by a court sitting in judicial review of an administrative decision to approve a development. In judicial proceedings, such a declaration can only be made after a trial of the issue and with the benefit of pleadings, discovery, evidence and submissions. Aboriginal rights must be proven by tested evidence; they cannot be established as an incident of administrative law proceedings that centre on the adequacy of consultation and accommodation. To permit this would invite uncertainty and discourage final settlement of alleged rights through the proper processes. Aboriginal rights claims require that proper evidence be marshalled to meet specific legal tests in the context of a trial: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at paras. 109 and 143; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911, at para. 26; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at para. 26.

et non à un résultat en particulier. Il ne s'agit pas de savoir si les Ktunaxa ont obtenu le résultat qu'ils recherchaient, mais si le processus était conforme au principe de l'honneur de la Couronne. S'il est vrai qu'on espère toujours que les consultations menées au titre de l'art. 35 déboucheront sur une entente et une conciliation des intérêts des Autochtones et de ceux des non-Autochtones, *Nation haïda* indique clairement que, dans les situations où cela ne se produit pas, l'art. 35 ne confère pas aux demandeurs insatisfaits un droit de veto sur les projets. S'il y a eu consultation adéquate, le projet peut aller de l'avant sans le consentement du groupe autochtone concerné.

[84] Dans leur requête, les Ktunaxa demandent au juge en chambre de rendre un jugement déclaratoire portant que le Qat'muk est sacré pour eux et qu'il est interdit d'ériger des installations permanentes en ce lieu. En fait, ils demandent aux tribunaux, sous le couvert d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision administrative, de se prononcer sur la validité de leur revendication à l'égard d'un lieu sacré et des pratiques spirituelles connexes. Ce jugement déclaratoire ne peut être rendu par une cour siégeant en contrôle d'une décision administrative d'approuver un aménagement. Dans une instance judiciaire, pareil jugement déclaratoire ne peut être rendu qu'après l'instruction de la question quand le tribunal bénéficie des actes de procédure, des interrogatoires préalables, des éléments de preuve et des arguments. Les droits ancestraux doivent être prouvés au moyen d'éléments mis à l'épreuve; ils ne peuvent être établis accessoirement dans le cadre d'une procédure administrative dont le point de mire est le caractère adéquat des consultations et des mesures d'accommodement. Permettre une telle chose causerait de l'incertitude et découragerait le règlement définitif des droits allégués par la procédure appropriée. Les revendications de droits ancestraux nécessitent que l'on rassemble des preuves adéquates pour répondre à des critères juridiques précis dans le cadre d'un procès : *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 109 et 143; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 26; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 26.

[85] Without specifically delegated authority, administrative decision makers cannot themselves pronounce upon the existence or scope of Aboriginal rights, although they may be called upon to assess the *prima facie* strength of unproven Aboriginal claims and the adverse impact of proposed government actions on those claims in order to determine the depth of consultation required. Indeed, in this case, the duty to consult arises regarding rights that remain unproven: *Haida Nation*, at para. 37.

[86] The Ktunaxa reply that they must have relief now, for if development proceeds Grizzly Bear Spirit will flee Qat'muk long before they are able to prove their claim or establish it under the B.C. treaty process. We are not insensible to this point. But the solution is not for courts to make far-reaching constitutional declarations in the course of judicial review proceedings incidental to, and ill-equipped to determine, Aboriginal rights and title claims. Injunctive relief to delay the project may be available. Otherwise, the best that can be achieved in the uncertain interim while claims are resolved is to follow a fair and respectful process and work in good faith toward reconciliation. Claims should be identified early in the process and defined as clearly as possible. In most cases, this will lead to agreement and reconciliation. Where it does not, mitigating potential adverse impacts on the asserted right ultimately requires resolving questions about the existence and scope of unsettled claims as expeditiously as possible. For the Ktunaxa, this may seem unsatisfactory, indeed tragic. But in the difficult period between claim assertion and claim resolution, consultation and accommodation, imperfect as they may be, are the best available legal tools in the reconciliation basket.

[85] Sans un pouvoir expressément délégué, les décideurs administratifs ne peuvent pas se prononcer eux-mêmes sur l'existence ou la portée de droits ancestraux, mais ils peuvent être appelés à évaluer la solidité à première vue de revendications autochtones non établies et l'effet préjudiciable de mesures gouvernementales proposées sur ces revendications afin de déterminer l'ampleur des consultations nécessaires. En effet, dans la présente affaire, l'obligation de consulter prend naissance à l'égard de droits qui ne sont toujours pas établis : *Nation haïda*, par. 37.

[86] Les Ktunaxa répliquent qu'ils doivent obtenir réparation maintenant parce que, si le projet va de l'avant, l'Esprit de l'Ours Grizzly fuira le Qat'muk bien avant qu'ils parviennent à établir le bien-fondé de leur revendication ou à le faire dans le cadre du processus des traités de la Colombie-Britannique. Nous ne sommes pas insensibles à ce point. Toutefois, la solution ne consiste pas pour les tribunaux à faire des déclarations constitutionnelles d'une portée considérable lors d'une procédure de contrôle judiciaire accessoire à des droits ancestraux et à des revendications de titre et mal conçue pour les trancher. Il est possible d'obtenir une injonction pour retarder l'exécution du projet. Sinon, le mieux que l'on puisse faire pendant la période d'incertitude temporaire où les revendications sont en voie de règlement, c'est de suivre un processus équitable et respectueux et de s'employer de bonne foi à parvenir à une réconciliation. Les revendications devraient être mentionnées tôt dans le processus et définies aussi clairement que possible. Dans la plupart des cas, une telle démarche mènera à un accord et à une conciliation. Dans les autres cas, pour atténuer les éventuels effets préjudiciables sur le droit revendiqué, il faudra, en dernière analyse, régler le plus rapidement possible les questions de l'existence et de la portée des revendications non encore établies. Pour les Ktunaxa, cette solution peut sembler insatisfaisante, voire tragique. Toutefois, lors de la difficile période allant de la présentation de la revendication à son règlement, la consultation et l'accommodement, aussi imparfaits soient-ils, demeurent les meilleurs outils juridiques dont ils disposent pour parvenir à une réconciliation.

[87] On the face of the matter, the Minister's decision that consultation sufficient to satisfy s. 35 had taken place does not appear to be unreasonable. The Ktunaxa spiritual claims to Qat'muk had been acknowledged from the outset. Negotiations spanning two decades and deep consultation had taken place. Many changes had been made to the project to accommodate the Ktunaxa's spiritual claims. At a point when it appeared all major issues had been resolved, the Ktunaxa, in the form of the Late-2009 Claim, adopted a new, absolute position that no accommodation was possible because permanent structures would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk. The Minister sought to consult with the Ktunaxa on the newly formulated claim, but was told that there was no point in further consultation given the new Ktunaxa position that no accommodation was possible and that only total rejection of the project would satisfy them. The process protected by s. 35 was at an end.

[88] We conclude that on its face, the record supports the reasonableness of the Minister's conclusion that the s. 35 obligation of consultation and accommodation had been met. However, it is necessary to consider the arguments advanced by the Ktunaxa in support of their position that this conclusion was unreasonable.

[89] The Ktunaxa in their factum say that the consultation process was inadequate to satisfy s. 35 because: (1) the government failed to properly characterize the right; (2) the government failed to comprehend the role of knowledge keepers, which contributed to the late disclosure of the true nature of the claim; (3) the government erroneously treated the spiritual right as weak; (4) the government failed to properly address the adverse impact of the project on the Ktunaxa's rights; (5) consultation was inadequate; and (6) no accommodation was made with respect to the spiritual right. The Ktunaxa point to errors and omissions in the Minister's Rationale, which they say show the unreasonableness of his conclusion that adequate s. 35 consultation occurred.

[87] Au vu du dossier, la conclusion du Ministre qu'il y avait eu consultation suffisante pour respecter l'art. 35 ne semble pas déraisonnable. Les revendications de nature spirituelle des Ktunaxa à l'égard du Qat'muk ont été reconnues dès le départ. Des négociations se sont échelonnées sur deux décennies et il y a eu des consultations approfondies. De nombreux changements ont été apportés au projet pour tenir compte des revendications de nature spirituelle des Ktunaxa. Alors que tous les différends importants semblaient réglés, les Ktunaxa, dans leur revendication de la fin de 2009, ont adopté une nouvelle position absolue selon laquelle aucun accommodement n'était possible parce que des installations permanentes chasseraient l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk. Le Ministre a cherché à consulter les Ktunaxa pour discuter de la revendication nouvellement formulée, mais on lui a répondu qu'il était inutile de le faire vu la nouvelle position des Ktunaxa : aucun accommodement n'était possible et seul le rejet du projet dans son intégralité leur donnerait satisfaction. Le processus protégé par l'art. 35 a alors pris fin.

[88] Nous concluons que, de prime abord, le dossier étaye le caractère raisonnable de la conclusion du Ministre selon laquelle l'obligation de consultation et d'accommodement visée à l'art. 35 a été respectée. Il est toutefois nécessaire d'examiner les arguments présentés par les Ktunaxa au soutien de leur thèse selon laquelle cette conclusion était déraisonnable.

[89] Dans leur mémoire, les Ktunaxa affirment que le processus de consultation était insuffisant pour respecter l'art. 35 car : (1) le gouvernement n'a pas décrit correctement le droit; (2) le gouvernement n'a pas compris le rôle des gardiens du savoir, qui a contribué à la divulgation tardive de la véritable nature de la revendication; (3) le gouvernement a qualifié à tort le droit spirituel de faible; (4) le gouvernement a mal évalué l'effet préjudiciable du projet sur les droits des Ktunaxa; (5) la consultation était inadéquate; (6) le gouvernement ne s'est pas adapté au droit spirituel. Les Ktunaxa relèvent des erreurs et omissions dans les Motifs de la décision du Ministre qui, selon eux, témoignent du caractère déraisonnable de sa conclusion selon laquelle il y avait eu

Overall, the Ktunaxa say the process of consultation was flawed and did not fulfill the honour of the Crown or meet the goal of reconciliation. We will consider each of these submissions in turn. In this analysis we employ the term “spiritual” rather than “religious” only because this term was used by the parties in their submissions. As the chambers judge rightly noted (at para. 275), there is no issue here that the Ktunaxa’s system of spiritual beliefs constitutes a religion.

(a) *Failure to Properly Characterize the Right*

[90] The Ktunaxa say that while the right claimed was the right “to exercise spiritual practices which rely on a sacred site and require its protection” (A.F., at para. 112), the Minister erroneously characterized it as a right “to preclude permanent development” (*ibid.*, at para. 116). This mischaracterization, the Ktunaxa say, precluded proper consultation and accommodation. In short, the Ktunaxa say, the Minister viewed the Ktunaxa as making a claim to preclude development, instead of a making a claim to a spiritual right.

[91] The record does not support the contention that the Minister mischaracterized the right in this way. Spiritual practices and interests were raised at the beginning of the regulatory process and continued to be discussed throughout, leading to a number of accommodations. The Minister’s Rationale states:

With respect to the Ktunaxa Nation’s asserted spiritual interests in the area . . . the Consultation/Accommodation Summary notes how the Crown has endeavored to honourably give consideration to those interests, while at the same time applying the tests for determination of aboriginal rights as set out in relevant case law. [p. 122]

[92] The Consultation/Accommodation Summary states:

consultation adéquate au titre de l’art. 35. Somme toute, les Ktunaxa soutiennent que le processus de consultation était déficient, qu’il ne respectait pas le principe de l’honneur de la Couronne et qu’il ne permettait pas de réaliser l’objectif de réconciliation. Nous examinerons chacune de ces prétentions à tour de rôle. Dans cette analyse, nous employons l’adjectif « spirituel » au lieu de « religieux » uniquement parce qu’il s’agit du mot utilisé par les parties dans leur argumentation. Comme l’a signalé à juste titre le juge en chambre (au par. 275), il est acquis aux débats en l’espèce que le système de croyances spirituelles des Ktunaxa constitue une religion.

a) *Description erronée du droit*

[90] Les Ktunaxa disent que le droit revendiqué était celui [TRADUCTION] « de se livrer à des pratiques spirituelles qui reposent sur un lieu sacré dont la protection est requise » (m.a., par. 112), mais que le Ministre a erronément décrit ce droit comme « un droit d’empêcher tout aménagement permanent » (*ibid.*, par. 116). Selon les Ktunaxa, cette description erronée faisait obstacle à une consultation et à des mesures d’accommodement appropriées. En résumé, ils soutiennent que le Ministre a considéré qu’ils formulaient une revendication pour empêcher tout aménagement plutôt que la revendication d’un droit spirituel.

[91] Le dossier n’étaye pas la prétention selon laquelle le Ministre a mal décrit ainsi le droit revendiqué. Les Ktunaxa ont évoqué des pratiques et intérêts spirituels au début du processus réglementaire et les parties ont continué de discuter de ces questions tout au long du processus, ce qui a mené à un certain nombre de mesures d’accommodement. Dans ses Motifs, le Ministre écrit :

[TRADUCTION] En ce qui concerne les intérêts spirituels revendiqués par la Ktunaxa Nation à l’égard de la région [ . . . ] le Résumé des consultations et des mesures d’accommodement précise que la Couronne s’est efforcée de tenir compte honorablement de ces intérêts, tout en appliquant les critères énoncés dans la jurisprudence pertinente pour déterminer les droits ancestraux. [p. 122]

[92] Le Résumé des consultations et des mesures d’accommodement indique :



With respect to an aboriginal rights claim, the Ministry has had to take the grizzly and spiritual values information presented and characterize it in terms of an aboriginal tradition, practice or activity that is integral to the culture of the Ktunaxa. In addition to the hunting, gathering and fishing rights claims discussed above, the Ministry has assessed the spiritual and cultural related information not as a rights claim to carry out a specific activity but more as a non-exclusive aboriginal right to ensure protection of Jumbo valley from permanent forms of development for the purposes of preserving a place for the spirit of the Grizzly bear which embodies a core spirit of the Ktunaxa people. The claim seems to amount to a right to preclude certain kinds of permanent development (excluding logging and other resource extraction which is more ephemeral) so that the grizzly and its spirit, together with the spirit of the Ktunaxa, can be maintained. [Emphasis added.]

(R.R. (Minister), at p. 115)

[93] It is clear from this and from many other statements throughout the process that the Minister understood that the Ktunaxa were claiming a broad spiritual right, not just a right to block development. It is also clear that the Minister understood that this right entailed practices which depended on the continued presence of Grizzly Bear Spirit in the valley, which the Ktunaxa believed would be driven out by the development.

[94] Moreover, the Late-2009 Claim did not change the nature of the spiritual interests in play. Rather, it attempted to include a specific *accommodation* — no permanent construction — as part of the asserted right. The characterization of an asserted right should not include any specific qualification of that right: *Mitchell*, at para. 23. These potential limitations are better examined in the consideration of adverse effects and the reasonableness of the accommodation, and are addressed below.

(b) *Failure to Understand the Role of Knowledge Keepers*

[95] The Ktunaxa say the Minister erred by failing to comprehend the role of the knowledge keepers.

[TRADUCTION] Pour ce qui est de la revendication de droits ancestraux, le Ministère a dû examiner les renseignements sur les grizzlys et les valeurs spirituelles présentés et les décrire au regard d'une tradition, pratique ou activité ancestrale qui fait partie intégrante de la culture des Ktunaxa. En plus des droits revendiqués de chasse, de cueillette et de pêche déjà examinés, le Ministère a considéré les renseignements liés à la spiritualité et à la culture non pas comme une revendication de droits d'exercer une activité particulière, mais plutôt comme une revendication de droits ancestraux non exclusifs pour protéger la vallée Jumbo contre toute forme d'aménagement permanent en vue de préserver un lieu pour l'Esprit de l'Ours Grizzly, qui incarne un esprit fondamental du peuple des Ktunaxa. La revendication semble équivaloir à un droit d'empêcher certains types d'aménagement permanent (mais exclut des activités plus éphémères comme l'exploitation forestière et l'extraction de ressources) pour permettre de préserver le grizzly et son esprit ainsi que l'esprit des Ktunaxa. [Nous soulignons.]

(d.i. (Ministre), p. 115)

[93] Il ressort de ces documents et de beaucoup d'autres déclarations faites tout au long du processus que le Ministre comprenait que les Ktunaxa revendiquaient un large droit spirituel, et pas uniquement un droit d'empêcher tout aménagement. De même, le Ministre comprenait que ce droit supposait des pratiques qui dépendaient de la présence continue de l'Esprit de l'Ours Grizzly dans la vallée, alors que l'aménagement proposé chasserait cet esprit selon les croyances des Ktunaxa.

[94] Qui plus est, la revendication de la fin de 2009 n'a pas modifié la nature des intérêts spirituels en jeu. Elle visait plutôt à intégrer au droit revendiqué un *accommodement* précis, l'absence d'installation permanente. La définition d'un droit revendiqué ne devrait pas assortir celui-ci de restrictions précises : *Mitchell*, par. 23. Il vaut mieux examiner ces limites potentielles dans l'analyse des effets préjudiciables et du caractère raisonnable de l'accommodement et elles sont abordées ci-après.

(b) *Incompréhension du rôle des gardiens du savoir*

[95] Les Ktunaxa soutiennent que le Ministre a commis une erreur en ne saisissant pas le rôle des

This criticism is based on a statement in the Rationale that “details of the spiritual interest in the valley have not been shared with or known by the general Ktunaxa population” (p. 122). This led the Minister to question “whether any of these values can take the shape of a constitutionally protected aboriginal right”, they contend (*ibid.*).

[96] The Minister’s query does not establish that the Minister misunderstood the secrecy imperative. The Rationale makes it clear that the Minister understood the special role of knowledge keepers, and accepted that spiritual beliefs did not permit details of beliefs to be shared with the population or outsiders. The Minister refers to “spiritual information” which has been imparted to him “in a trusting way”: Rationale, at p. 122. The need for knowledge keepers to keep details of spiritual beliefs secret was made plain to the Minister during the regulatory process, and in particular at his meeting in Cranbrook with knowledge keeper Mr. Luke and other Ktunaxa members in September 2009. The record is clear that the Ktunaxa at this meeting advised the Minister that only certain members of the community, knowledge keepers, possessed information about spiritual values, and that only Mr. Luke could speak to these matters. Nothing in the Rationale suggests that the Minister had forgotten this fundamental point when he made his decision that adequate consultation had occurred.

(c) *Treating the Constitutional Right as Weak*

[97] The Ktunaxa argue that the Minister treated their claimed spiritual interest in Qat’muk as weak. If the Crown significantly undervalues the Aboriginal right at stake, this may render a decision adverse to that interest reviewable: *Haida Nation*, at para. 63.

[98] The Minister took account of numerous asserted Aboriginal rights including the right to gather, the right to hunt and fish, and the right to Aboriginal title: Rationale, at p. 122. The Minister’s assessment

gardiens du savoir. Cette critique repose sur une affirmation faite dans les Motifs : [TRADUCTION] « . . . des détails de l’intérêt spirituel de la vallée n’ont pas été communiqués à la population générale des Ktunaxa ou n’étaient pas connus d’elle » (p. 122), ce qui avait amené, aux dires des Ktunaxa, le Ministre à se demander « si l’une ou l’autre de ces valeurs peut prendre la forme d’un droit ancestral garanti par la Constitution » (*ibid.*).

[96] L’interrogation du Ministre ne prouve pas qu’il a mal compris l’impératif du secret. Les Motifs indiquent clairement que le Ministre a compris le rôle particulier des gardiens du savoir et a accepté que les croyances spirituelles ne permettaient pas que certains détails des croyances soient communiqués à la population ou aux gens de l’extérieur. Le Ministre renvoie aux [TRADUCTION] « renseignements spirituels » qui lui ont été fournis « sous le sceau de la confiance » : Motifs, p. 122. On a clairement expliqué au Ministre que les gardiens du savoir devaient garder secrets certains détails des croyances spirituelles lors du processus réglementaire, et notamment lors de sa réunion à Cranbrook avec le gardien du savoir M. Luke et d’autres membres des Ktunaxa en septembre 2009. Le dossier indique clairement qu’à cette réunion, les Ktunaxa ont informé le Ministre que seuls certains membres de la communauté, les gardiens du savoir, possédaient des renseignements sur les valeurs spirituelles, et que seul M. Luke pouvait en parler. Rien dans les Motifs ne porte à croire que le Ministre a oublié cet élément fondamental quand il a décidé qu’il y avait eu une consultation adéquate.

c) *Qualifier le droit constitutionnel de faible*

[97] Les Ktunaxa soutiennent que le Ministre a qualifié de faible l’intérêt spirituel qu’ils revendiquent à l’égard du Qat’muk. Si la Couronne sous-estime grandement le droit ancestral en jeu, cela peut rendre susceptible de contrôle une décision défavorable à ce droit : *Nation haïda*, par. 63.

[98] Le Ministre a tenu compte de nombreux droits ancestraux revendiqués, y compris ceux de cueillette, de chasse et de pêche ainsi que le droit au titre ancestral : Motifs, p. 122. L’appréciation par le Ministre

of the strength of these asserted rights and the consultation and accommodation flowing from them are not in dispute in this case. The main issue of contention is, rather, the Minister's appreciation and weighing of the spiritual significance of Qat'muk, particularly following the Ktunaxa's advancement of the Late-2009 Claim.

[99] The Minister at one point in his Rationale did indeed refer to the spiritual claim as "weak", stating that it had not been shown to be part of a pre-contact practice integral to the Ktunaxa culture, and that it had not been shared with and was not known to the general Ktunaxa population (p. 122). This comment may seem at odds with the Minister's statement later in the Rationale that "[o]verall, the consultation applied in this case is at the deep end of the consultation spectrum" (p. 123). The explanation for this apparent tension lies in the fact that when the Minister described the claim as "weak" early in the Rationale he had in mind the Late-2009 Claim that the resort development could not proceed because this would drive out Grizzly Bear Spirit and irrevocably impair the foundation of the Ktunaxa spiritual practices. The Minister was not here referring to the broader claim to spiritual values in Qat'muk. This is apparent from the Minister's statement that the claim he characterized as "weak" had not been shared with and was not known to the Ktunaxa population generally. It is also supported by the Minister's reference to deep consultation being adequate "in respect of those rights for which the strength of the claim is strong" (p. 123). We view the Rationale as indicating that the Minister considered the overall spiritual claim to be strong, but had doubts about the strength of the Late-2009 Claim.

[100] Even if the Minister had accepted the Ktunaxa's characterization of the Late-2009 Claim as a right to "exercise spiritual practices which rely on a sacred site and require its protection", it still

de la solidité de ces droits revendiqués ainsi que de la consultation et des accommodements qui en découlent ne sont pas en litige dans la présente affaire. Le nœud principal du débat est plutôt l'évaluation et la pondération qu'a faites le Ministre de l'importance spirituelle du Qat'muk, surtout après que les Ktunaxa eurent fait valoir la revendication de la fin de 2009.

[99] Dans ses Motifs, le Ministre a bel et bien qualifié de [TRADUCTION] « faible » la revendication de nature spirituelle, expliquant qu'on n'avait pas démontré que la pratique faisait partie intégrante de la culture des Ktunaxa avant leur contact avec les Européens et que la population générale des Ktunaxa n'avait pas été informée de son existence et ne la connaissait pas (p. 122). Cette remarque paraît peut-être contraire à la déclaration ultérieure du Ministre selon laquelle « [d]ans l'ensemble, la consultation effectuée en l'espèce se situe à l'extrémité supérieure du continuum de consultation » (p. 123). Cette contradiction apparente peut s'expliquer par le fait que, lorsque le Ministre a qualifié la revendication de « faible » au début de ses Motifs, il avait à l'esprit la revendication de la fin de 2009 selon laquelle l'aménagement de la station de ski ne pouvait aller de l'avant parce qu'il chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly et porterait atteinte irrémédiablement au fondement des pratiques spirituelles des Ktunaxa. Le Ministre ne parlait pas ici de la revendication générale visant les valeurs spirituelles associées au Qat'muk. C'est ce qui ressort de la déclaration du Ministre selon laquelle la revendication qu'il a qualifiée de « faible » n'avait pas été communiquée à la population générale des Ktunaxa et celle-ci n'était pas au courant de son existence. Le point de vue du Ministre est aussi étayé par sa remarque selon laquelle des consultations approfondies étaient adéquates « à l'égard de ces droits qui reposent sur une preuve solide » (p. 123). D'après nous, les Motifs indiquent que le Ministre a jugé solide la revendication générale de nature spirituelle, mais qu'il avait des doutes quant à la solidité de la revendication de la fin de 2009.

[100] Même si le Ministre avait partagé l'avis des Ktunaxa selon lequel la revendication de la fin de 2009 visait le droit d'[TRADUCTION] « exercer des pratiques spirituelles qui reposent sur un lieu sacré

would have been reasonable to find this aspect of the Ktunaxa's overall claim weak: C.A. reasons, at para. 81. As the Minister noted, in the negotiations the Ktunaxa did not advise the Crown of "specific spiritual practices": R.R. (Minister), at p. 113; see also chambers judge's reasons, at para. 212. As such, the Minister did not have evidence that the Ktunaxa were asserting a particular practice that took place in Qat'muk prior to contact. The Late-2009 Claim seemed designed to require a particular accommodation rather than to assert and support a particular pre-contact practice, custom, or tradition that took place on the territory in question.

(d) *Failure to Properly Assess the Adverse Impact of the Development on the Spiritual Right*

[101] The Ktunaxa assert that because the Minister mischaracterized the asserted right, he "could not have properly assessed the ski resort's adverse impact on the right": A.F., at para. 123. The Ktunaxa do not point to anything said by the Minister, but reference para. 83 of the Court of Appeal reasons.

[102] The record supports the view that, after June 2009, the Minister understood the Ktunaxa position that any construction of permanent accommodation on the resort site would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk and undermine the basis of their spiritual beliefs and practices. The Court of Appeal in the criticized passage summarized the adverse impact issue as follows, using the description provided by the Ktunaxa themselves in the Qat'muk Declaration, and concluded that the Minister understood the adverse impact from the Ktunaxa perspective:

In this case, the "adverse impacts flowing from the specific Crown proposal at issue" concerns the spiritual consequences that follow from permitting development of the Proposed Resort in the Qat'muk area. In the Qat'muk declaration, this is the adverse impact that the Ktunaxa describe:

dont la protection est requise », il aurait néanmoins été raisonnable de juger faible cet aspect de la revendication générale des Ktunaxa : motifs de la C.A., par. 81. Comme l'a fait remarquer le Ministre, les Ktunaxa n'ont pas informé la Couronne de l'existence de [TRADUCTION] « pratiques spirituelles en particulier » lors des négociations : d.i. (Ministre), p. 113; voir aussi les motifs du juge en chambre, par. 212. En conséquence, le Ministre ne disposait pas de preuve que les Ktunaxa faisaient valoir une pratique exercée dans le Qat'muk avant le contact avec les Européens. La revendication de la fin de 2009 semblait avoir pour objet d'exiger un accommodement donné plutôt que de faire valoir et d'appuyer une pratique, coutume ou tradition précontact sur le territoire en question.

d) *Mauvaise évaluation de l'effet préjudiciable du projet sur le droit spirituel*

[101] Les Ktunaxa affirment que le Ministre [TRADUCTION] « ne pouvait pas avoir correctement évalué l'effet préjudiciable de la station de ski sur le droit revendiqué » (m.a., par. 123) puisqu'il a mal décrit ce droit. Ils ne renvoient à aucune observation du Ministre, mais plutôt au par. 83 des motifs de la Cour d'appel.

[102] Le dossier permet de dire qu'après juin 2009, le Ministre a compris la position des Ktunaxa selon laquelle toute installation d'hébergement permanente construite sur le site de la station de ski chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk et minerait le fondement de leurs croyances et pratiques spirituelles. La Cour d'appel a résumé ainsi la question de l'effet préjudiciable, en renvoyant à la description fournie par les Ktunaxa eux-mêmes dans la déclaration sur le Qat'muk, et a conclu que le Ministre a saisi l'effet préjudiciable du point de vue des Ktunaxa :

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, les « effets préjudiciables découlant de la proposition précise de la Couronne » concernent les conséquences spirituelles qui découlent de l'autorisation de l'aménagement de la station de ski proposée dans la région du Qat'muk. Dans la déclaration sur le Qat'muk, voici l'effet préjudiciable que décrivent les Ktunaxa :

The refuge and buffer areas will not be shared with those who engage in activities that harm or appropriate the spiritual nature of the area. These activities include, but are not limited to:

- The construction of buildings or structures with permanent foundations;
- Permanent occupation of residences.

To further safeguard spiritual values, no disturbances or alteration of the ground will be permitted within the refuge area.

In my view, the Minister reasonably characterized the above adverse impact on the s. 35 right as concerning the impact of development of the Proposed Resort on the Ktunaxa and, in particular, as a claim that development in the Qat'muk area was fundamentally inimical to their belief. [paras. 83-84]

[103] We agree with the Court of Appeal on this point. The record does not support the view that the Minister failed to properly assess the adverse impact of the development on the spiritual claim.

(e) *Inadequate Consultation on the Asserted Right*

[104] The overall contention of the Ktunaxa is that the Crown did not offer sufficient consultation on their asserted right. It is possible for a decision maker to mischaracterize a right and still fulfill the duty to consult: *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at paras. 38-39. Thus, even in the face of any alleged mischaracterization or undervaluing, the key question is the level of consultation regarding the asserted right.

[105] We are satisfied that the Minister engaged in deep consultation on the spiritual claim. This level of consultation was confirmed by both the chambers judge (at para. 233) and the Court of Appeal (at para. 86) and we would not disturb that finding.

Les aires de refuge et les zones tampons ne seront pas partagées avec ceux qui se livrent à des activités nuisant à la nature spirituelle du secteur ou la faisant disparaître. Ces activités comprennent :

- la construction d'immeubles ou d'installations comportant des fondations permanentes;
- l'occupation permanente de résidences.

Pour mieux sauvegarder les valeurs spirituelles, aucune perturbation ou modification du sol ne sera permise dans l'aire de refuge.

À mon avis, le Ministre a raisonnablement décrit l'effet préjudiciable susmentionné sur le droit reconnu à l'art. 35 comme concernant les répercussions de l'aménagement de la station de ski proposée sur les Ktunaxa et, en particulier, comme visant l'aménagement dans la région du Qat'muk, lequel allait fondamentalement à l'encontre de leur croyance. [par. 83-84]

[103] Nous partageons l'avis de la Cour d'appel sur ce point. Le dossier n'étaye pas l'opinion selon laquelle le Ministre a mal évalué l'effet préjudiciable du projet sur la revendication de nature spirituelle.

(e) *Consultation inadéquate à propos du droit revendiqué*

[104] De façon générale, les Ktunaxa font valoir que les consultations offertes par la Couronne au sujet du droit qu'ils revendiquent n'étaient pas suffisantes. Il se peut qu'un décideur décrive mal un droit et s'acquitte néanmoins de l'obligation de consulter : *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 38-39. Donc, même en présence d'une prétendue mauvaise description ou sous-évaluation, la question clé est l'ampleur de la consultation au sujet du droit revendiqué.

[105] Nous sommes convaincus que le Ministre s'est livré à des consultations approfondies sur la revendication de nature spirituelle. L'ampleur de ces consultations a été confirmée à la fois par le juge en chambre (par. 233) et par la Cour d'appel (par. 86) et nous ne sommes pas d'avis de modifier cette conclusion.

[106] Regarding the Late-2009 Claim that no permanent construction be built, the Ktunaxa argue that the Minister wrongly ended the consultation on June 3, 2009. There is a contradiction, it is argued, between the Minister's June 3, 2009 letter expressing the view that the s. 35 consultation process had been completed, and the chambers judge's conclusion that when post-2009 consultations were considered in the context of the extensive prior consultation, "the Minister's consultation in respect of the Ktunaxa's asserted spiritual claims was reasonable and appropriate": A.F., at para. 128, citing chambers judge's reasons, at para. 232; see also A.F., at para. 129.

[107] This argument takes the Minister's letter stating that he considered sufficient consultation had taken place by June 3, 2009 out of context and fails to take account of what the Minister actually said. The letter was written at a time when the sacred value of Jumbo Valley was no longer listed as an outstanding issue for the Ktunaxa's agreement, and before the Late-2009 Claim. Negotiations with the Ktunaxa had been going well, and the Minister reasonably believed that the only outstanding matters were unrelated to the Ktunaxa rights claims. The Minister's letter therefore advised the Ktunaxa that, in his opinion, a reasonable consultation process had occurred and that most of the outstanding issues were interest-based.

[108] Five days later, on June 8, 2009, the Ktunaxa responded to this letter with a list of concerns, not including the sacred nature of the area. At meetings the next day, however, the Ktunaxa refocused on the sacred nature of the site and asked for more consultation on this issue. The Minister agreed to this, and lengthy in-depth consultations on this new spiritual claim took place, including the meeting between the Minister himself and knowledge keeper Mr. Luke, in Cranbrook in September. The Minister sent the Ktunaxa a "Consultation/Accommodation Summary" that included a description of the consultation and accommodation efforts specifically

[106] En ce qui concerne la revendication de la fin de 2009 qu'aucune installation permanente ne soit érigée, les Ktunaxa soutiennent que le Ministre a mis fin à tort aux consultations le 3 juin 2009. D'après eux, il existe une contradiction entre la lettre du Ministre datée du 3 juin 2009 dans laquelle il se dit d'avis que le processus de consultation au titre de l'art. 35 était terminé, et la conclusion du juge en chambre selon laquelle, si l'on examinait les consultations postérieures à 2009 eu égard à la poursuite de la consultation antérieure approfondie, [TRADUCTION] « les consultations du Ministre au sujet des revendications de nature spirituelle des Ktunaxa étaient raisonnables et appropriées » : m.a., par. 128, citant les motifs du juge en chambre, par. 232; voir aussi le m.a., par. 129.

[107] Cet argument sort de son contexte la lettre dans laquelle le Ministre a jugé suffisantes les consultations menées jusqu'au 3 juin 2009 et ne tient pas compte de ce qu'il a réellement dit. La lettre avait été écrite à l'époque où la valeur sacrée de la vallée Jumbo ne figurait plus parmi les questions non réglées en vue de l'assentiment des Ktunaxa et avant la revendication de la fin de 2009. Les négociations avec les Ktunaxa allaient bon train, et le Ministre croyait raisonnablement que les seules questions non réglées étaient étrangères aux revendications de droits des Ktunaxa. Le Ministre a par conséquent informé dans sa lettre les Ktunaxa qu'à son avis il y avait eu un processus de consultation raisonnable et que la plupart des questions non réglées portaient principalement sur des intérêts.

[108] Cinq jours plus tard, le 8 juin 2009, les Ktunaxa ont répondu à cette lettre en énumérant des sujets de préoccupation, mais non la nature sacrée de la région. Aux réunions tenues le lendemain, les Ktunaxa ont toutefois mis à nouveau l'accent sur la nature sacrée du lieu et demandé des consultations supplémentaires à ce sujet, ce que le Ministre a accepté de faire. De longues consultations approfondies sur cette nouvelle revendication d'ordre spirituel ont eu lieu, y compris une réunion en septembre, à Cranbrook, entre le Ministre lui-même et M. Luke, le gardien du savoir. Le Ministre a envoyé aux Ktunaxa un « Résumé des consultations et des

related to the Late-2009 Claim and invited them to comment on it. He then met with them and revisions were made to the document. Consultation continued until the Ktunaxa issued the Qat'muk Declaration in November 2010 declaring that no accommodation was possible and that the only point of further discussions was to make decision makers understand why the proposed resort could not proceed. Even after this, the Minister sought further consultation, without success.

[109] There is no contradiction between the Minister's letter on June 3, 2009 and the chambers judge's conclusion that negotiations from 2009 onwards indicated deep consultation on the Late-2009 Claim. On June 3, that claim was not in play. Six days later, with the Ktunaxa change of position, it assumed central importance, and renewed consultation focused on this issue ensued.

[110] The Ktunaxa also contend that the courts below relied too much on the length of the consultation process. We agree that adequacy of consultation is not determined by the length of the process, although this may be a factor to be considered. While the Minister's Rationale mentions two decades of consulting, there is no evidence that he made his decision simply because he felt the process had gone on too long. Rather, it was clear to all by the spring of 2012 that given the position of the Ktunaxa, more consultation would be fruitless.

[111] Finally, the Ktunaxa assert that although the Minister may have undertaken deep consultation on other issues, he did not engage in deep consultation with respect to the Late-2009 Claim. We cannot agree. Even after the Ktunaxa said further

mesures d'accommodement » qui comportait une description des consultations et des mesures d'accommodement se rapportant expressément à la revendication de la fin de 2009 et les invitait à commenter le résumé. Il les a ensuite rencontrés et des modifications ont été apportées au document. Les consultations se sont poursuivies jusqu'à la déclaration sur le Qat'muk des Ktunaxa en novembre 2010 portant qu'aucun accommodement n'était possible et que la seule raison pour laquelle il serait justifié de poursuivre les discussions serait de faire comprendre aux décideurs pourquoi le projet de station de ski ne pouvait pas aller de l'avant. Même après ce revirement, le Ministre a cherché à poursuivre les consultations, mais en vain.

[109] Il n'y a aucune contradiction entre la lettre écrite le 3 juin 2009 par le Ministre et la conclusion du juge en chambre selon laquelle les négociations menées à partir de 2009 avaient comporté des consultations approfondies sur la revendication de la fin de 2009. Le 3 juin, cette revendication n'était pas en jeu. Six jours plus tard, étant donné le changement de position des Ktunaxa, elle revêtait une importance capitale, et de nouvelles consultations axées sur cet enjeu ont suivi.

[110] Les Ktunaxa soutiennent également que les cours d'instance inférieure se sont appuyées trop fortement sur la longueur du processus de consultation. Nous convenons que ce n'est pas la longueur du processus qui détermine le caractère adéquat de la consultation, même s'il peut s'agir d'un facteur à prendre en considération. Bien que le Ministre mentionne dans ses Motifs les deux décennies de consultations, rien ne prouve qu'il a rendu sa décision simplement parce qu'il estimait que le processus avait trop duré. Au contraire, il était clair pour tous au printemps 2012 que la poursuite des consultations serait vaine étant donné la position des Ktunaxa.

[111] Enfin, les Ktunaxa affirment que, bien que le Ministre se soit peut-être livré à des consultations approfondies sur d'autres enjeux, il ne l'a pas fait à l'égard de la revendication de la fin de 2009. Nous ne pouvons souscrire à cette affirmation. En

consultation was pointless, the Minister persisted in attempts to consult.

(f) *Failure to Accommodate the Asserted Right*

[112] As a consequence of the lengthy regulatory process, many accommodations were made with respect to Ktunaxa spiritual concerns. These included specific changes to protect the grizzly population in Qat'muk — the west chair lift was removed because of the grizzly bear population in that area and the resort was confined to the upper half of the valley — as well as extensive environmental reserves and monitoring. The findings of the chambers judge on this point (at para. 236) have not been impugned.

[113] The Ktunaxa say these changes were inadequate: “Changes to the ski resort were measures required by economic, environmental and wildlife protection concerns and, while they do set out some limited protection for grizzly bears, there was no accommodation to address the ability of the Ktunaxa to carry on their spiritual practices dependent upon Grizzly Bear Spirit”: A.F., at para. 133; see generally paras. 133-38.

[114] In point of fact, there was no evidence before the Minister of “specific spiritual practices”. It is true, of course, that the Minister did not offer the ultimate accommodation demanded by the Ktunaxa — complete rejection of the ski resort project. It does not follow, however, that the Crown failed to meet its obligation to consult and accommodate. The s. 35 right to consultation and accommodation is a right to a process, not a right to a particular outcome: *Haida Nation*. While the goal of the process is reconciliation of the Aboriginal and state interest, in some cases this may not be possible. The process is one of “give and take”, and outcomes are not guaranteed.

effet, même après que les Ktunaxa eurent dit qu’il ne servait à rien de poursuivre les consultations, le Ministre a continué de tenter de les consulter.

f) *Omission de s’adapter au droit revendiqué*

[112] Le long processus réglementaire s’est soldé par la prise de nombreuses mesures d’accommodement à l’égard des préoccupations de nature spirituelle des Ktunaxa. Entre autres, on a apporté des changements précis pour protéger la population de grizzlys dans le Qat’muk, le remonte-pente ouest a été retiré en raison de la présence de grizzlys dans le secteur et la station de ski a été confinée à la moitié supérieure de la vallée, sans compter la création et la surveillance de réserves environnementales d’envergure. Les conclusions du juge en chambre sur ce point (par. 236) n’ont pas été contestées.

[113] Selon les Ktunaxa, ces modifications étaient inadéquates : [TRADUCTION] « Les modifications apportées à la station de ski étaient des mesures nécessaires en raison de préoccupations économiques, environnementales et de protection de la faune et, s’il est vrai qu’elles prévoient effectivement une protection limitée des grizzlys, elles ne proposent rien au sujet de la capacité des Ktunaxa à poursuivre leurs pratiques spirituelles tributaires de la présence de l’Esprit de l’Ours Grizzly » : m.a., par. 133; voir de façon générale les par. 133-138.

[114] Dans les faits, le Ministre n’avait aucune preuve de l’existence de [TRADUCTION] « pratiques spirituelles en particulier ». Il est vrai, bien sûr, que le Ministre n’a pas offert la mesure d’accommodement ultime exigée par les Ktunaxa, soit le rejet complet du projet de station de ski. Il ne s’ensuit toutefois pas que la Couronne a failli à son obligation de consulter et d’accommoder. Le droit de consultation et d’accommodement reconnu à l’art. 35 est un droit à un processus, et non un droit à un résultat précis : *Nation haïda*. Bien que l’objectif du processus soit la conciliation des intérêts des Autochtones et de ceux de l’État, il n’est pas toujours possible d’y parvenir. Le processus en est un de « concessions mutuelles », et les résultats ne sont pas garantis.



## VI. Conclusion

[115] The Minister’s decision did not violate the Ktunaxa’s freedom of religion as their claim does not fall within the scope of s. 2(a) of the *Charter*. The Minister’s conclusion that consultation sufficient to satisfy s. 35 of the *Constitution Act, 1982* had occurred has not been shown to be unreasonable. For these reasons, we would dismiss the appeal.

The reasons of Moldaver and Côté JJ. were delivered by

MOLDAVER J. —

### I. Overview

[116] The Ktunaxa are an Aboriginal people who inhabit parts of southeastern British Columbia. They claim that the decision by the provincial Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations (“Minister”) to approve a ski resort development infringes their right to religious freedom under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and constitutes a breach of the Crown’s duty to consult pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[117] I agree with the Chief Justice and Rowe J. that the Minister reasonably concluded that the duty to consult and accommodate the Ktunaxa under s. 35 was met. Respectfully, however, I disagree with my colleagues’ s. 2(a) analysis. In my view, the Ktunaxa’s right to religious freedom was infringed by the Minister’s decision to approve the development of the ski resort proposed by the respondent Glacier Resorts Ltd. The Ktunaxa hold as sacred several sites within their traditional lands, and they revere multiple spirits in their religion. The Ktunaxa believe that a very important spirit in their religious tradition, Grizzly Bear Spirit, inhabits Qat’muk, a body of sacred land that lies at the heart of the proposed ski resort. The development of the ski resort would desecrate Qat’muk and cause Grizzly Bear Spirit to leave, thus severing the Ktunaxa’s connection to the

## VI. Conclusion

[115] La décision du Ministre n’a pas violé la liberté de religion des Ktunaxa car leur revendication ne relève pas de l’al. 2a) de la *Charte*. On n’a pas démontré le caractère déraisonnable de la conclusion du Ministre qu’il y avait eu une consultation suffisante pour respecter l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour ces motifs, nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Moldaver et Côté rendus par

LE JUGE MOLDAVER —

### I. Vue d’ensemble

[116] Les Ktunaxa forment un peuple autochtone qui habite certains secteurs du sud-est de la Colombie-Britannique. Selon eux, la décision de l’intimé, Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations de la Colombie-Britannique (« Ministre »), d’approuver l’aménagement d’une station de ski porte atteinte au droit à la liberté de religion que leur garantit l’al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et constitue un manquement à l’obligation de consultation imposée à la Couronne par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[117] Je conviens avec la Juge en chef et le juge Rowe que le Ministre a raisonnablement conclu à l’acquittement de l’obligation de consulter et d’accommoder les Ktunaxa prévue à l’art. 35. En revanche, je ne peux malheureusement faire mienne leur analyse fondée sur l’al. 2a). À mon avis, la décision du Ministre d’approuver l’aménagement de la station de ski proposée par l’intimée Glacier Resorts Ltd. a porté atteinte au droit des Ktunaxa à la liberté de religion. Les Ktunaxa tiennent pour sacrés plusieurs secteurs de leur territoire traditionnel et la vénération de nombreux esprits fait partie de leur religion. Ils croient qu’un esprit fort important dans leur tradition religieuse, l’Esprit de l’Ours Grizzly, habite le Qat’muk, un lieu sacré qui se situe au cœur de la station de ski proposée. L’aménagement de la station de ski profanerait le Qat’muk et ferait fuir

land. As a result, the Ktunaxa would no longer receive spiritual guidance and assistance from Grizzly Bear Spirit. All songs, rituals and ceremonies associated with Grizzly Bear Spirit would become meaningless.

[118] In my respectful view, where state conduct renders a person's sincerely held religious beliefs devoid of all religious significance, this infringes a person's right to religious freedom. Religious beliefs have spiritual significance for the believer. When this significance is taken away by state action, the person can no longer act in accordance with his or her *religious* beliefs, constituting an infringement of s. 2(a). That is exactly what happened in this case. The Minister's decision to approve the ski resort will render all of the Ktunaxa's religious beliefs related to Grizzly Bear Spirit devoid of any spiritual significance. Accordingly, the Ktunaxa will be unable to perform songs, rituals or ceremonies in recognition of Grizzly Bear Spirit in a manner that has any religious significance for them. In my view, this amounts to a s. 2(a) breach.

[119] That being said, I am of the view that the Minister proportionately balanced the Ktunaxa's s. 2(a) right with the relevant statutory objectives: to administer Crown land and dispose of it in the public interest. The Minister was faced with two options: approve the development of the ski resort or grant the Ktunaxa a right to exclude others from constructing permanent structures on over 50 square kilometres of Crown land. This placed the Minister in a difficult, if not impossible, position. If he granted this right of exclusion to the Ktunaxa, this would significantly hamper, if not prevent, him from fulfilling his statutory objectives. In the end, it is apparent that he determined that the fulfillment of his statutory mandate prevented him from giving the Ktunaxa the veto right that they were seeking.

[120] In view of the options open to the Minister, I am satisfied that his decision was reasonable.

l'Esprit de l'Ours Grizzly, rompant par le fait même le lien entre les Ktunaxa et la terre. Ces derniers seraient ainsi privés de ses conseils et de son assistance spirituels. L'ensemble des chansons, rites et cérémonies associés à l'Esprit de l'Ours Grizzly perdrait tout leur sens.

[118] À mon humble avis, la conduite de l'État qui prive de toute signification religieuse les croyances religieuses sincères d'une personne porte atteinte à son droit à la liberté de religion. Les croyances religieuses revêtent une signification spirituelle pour le croyant. Lorsque cette signification est supprimée par l'État, la personne ne peut plus se conformer à ses croyances *religieuses*, ce qui constitue une contravention à l'al. 2a). C'est exactement ce qui s'est produit en l'espèce. La décision du Ministre d'approuver la station de ski privera de toute signification spirituelle l'ensemble des croyances religieuses des Ktunaxa touchant l'Esprit de l'Ours Grizzly. Par conséquent, les Ktunaxa ne pourront pas interpréter des chansons, se livrer à des rituels ou tenir des cérémonies en l'honneur de l'Esprit de l'Ours Grizzly d'une manière qui a une signification religieuse à leurs yeux. À mon avis, il s'agit là d'une violation de l'al. 2a).

[119] Cela dit, j'estime que le Ministre a mis en balance de façon proportionnée le droit reconnu aux Ktunaxa par l'al. 2a) et les objectifs pertinents de la loi : administrer les terres de la Couronne et les aliéner dans l'intérêt public. Deux choix se présentaient au Ministre : approuver l'aménagement de la station de ski ou conférer aux Ktunaxa le droit d'interdire à autrui de construire des installations permanentes sur plus de 50 kilomètres carrés de terres de la Couronne. Le Ministre se retrouvait donc dans une situation difficile, voire impossible. S'il conférait ce droit d'interdiction aux Ktunaxa, cela le gênerait considérablement dans l'atteinte des objectifs que lui confie la loi, voire l'empêcherait d'atteindre ces objectifs. Au bout du compte, il a manifestement décidé que la réalisation de son mandat législatif l'empêchait d'accorder aux Ktunaxa le droit de veto qu'ils réclamaient.

[120] Vu les choix qui s'offraient au Ministre, je suis convaincu que sa décision était raisonnable. Elle

It limited the Ktunaxa’s right “as little as reasonably possible” given these statutory objectives (*Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613, at para. 40), and amounted to a proportionate balancing. I would therefore dismiss the appeal.

## II. Analysis

### A. *Section 2(a) of the Charter*

#### (1) The Scope of Section 2(a)

[121] All *Charter* rights — including freedom of religion under s. 2(a) — must be interpreted in a broad and purposive manner (*Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 20; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 179, per McLachlin J. (as she then was)). As this Court stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, the interpretation of freedom of religion must be a “generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the Charter’s protection” (emphasis added). The interpretation of s. 2(a) must therefore be guided by its purpose, which is to “ensure that society does not interfere with profoundly personal beliefs that govern one’s perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being” (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 759).

[122] In light of this purpose, this Court has articulated a two-part test for determining whether s. 2(a) has been infringed. The claimant must show: (1) that he or she sincerely believes in a belief or practice that has a nexus with religion; and (2) that the impugned conduct interferes with the claimant’s ability to act in accordance with that belief or practice “in a manner that is more than trivial or insubstantial” (*Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 59 (emphasis deleted); *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 34; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 32).

a restreint le droit des Ktunaxa « aussi peu que cela [était] raisonnablement possible » compte tenu de ces objectifs visés par la loi (*École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613, par. 40), et était le fruit d’une mise en balance proportionnée. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

## II. Analyse

### A. *Alinéa 2a) de la Charte*

#### (1) La portée de l’al. 2a)

[121] Tous les droits garantis par la *Charte* — notamment la liberté de religion reconnue à l’al. 2a) — doivent recevoir une interprétation libérale et téléologique (*Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 20; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, p. 179, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef)). Comme l’a dit la Cour dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344, l’interprétation de la liberté de religion doit être « libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l’objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* » (je souligne). L’interprétation de l’al. 2a) doit donc tenir compte de son objet, qui est d’« assurer que la société ne s’ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu’on a de soi, de l’humanité, de la nature et, dans certains cas, d’un être supérieur ou différent » (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 759).

[122] À la lumière de cet objet, la Cour a formulé un critère à deux volets permettant de décider s’il y a eu contravention à l’al. 2a). Le demandeur doit démontrer : (1) qu’il croit sincèrement à une croyance ou à une pratique ayant un lien avec la religion et (2) que la conduite reprochée nuit « d’une manière plus que négligeable ou insignifiante » à sa capacité de se conformer à cette croyance ou pratique (*Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 59 (soulignement omis); *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 34; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 32).

[123] The first part of the test is not at issue in this case. None of the parties dispute that the Ktunaxa sincerely believe that Grizzly Bear Spirit lives in Qat'muk, and that any permanent development would drive Grizzly Bear Spirit out, desecrate the land and sever the Ktunaxa's spiritual connection to it. The central issue raised by this appeal concerns the second part of the test. The Chief Justice and Rowe J. maintain that the Minister's decision does not interfere with the Ktunaxa's ability to act in accordance with their religious beliefs or practices. With respect, I disagree. As I will explain, in my view, the Minister's decision interferes with the Ktunaxa's ability to act in accordance with their religious beliefs and practices in a manner that is more than trivial or insubstantial, and the Ktunaxa's claim therefore falls within the scope of s. 2(a).

(2) The Ability to Act in Accordance With a Religious Belief or Practice

[124] As indicated, the s. 2(a) inquiry focuses on whether state action has interfered with the ability of a person to act in accordance with his or her religious beliefs or practices. This Court has recognized that religious beliefs are “deeply held personal convictions . . . integrally linked to one's self-definition and spiritual fulfilment”, while religious practices are those that “allow individuals to foster a connection with the divine” (*Amselem*, at para. 39). In my view, where a person's religious belief no longer provides spiritual fulfillment, or where the person's religious practice no longer allows him or her to foster a connection with the divine, that person cannot act in accordance with his or her *religious* beliefs or practices, as they have lost all religious significance. Though an individual could still publicly profess a specific belief, or act out a given ritual, it would hold no religious significance for him or her.

[125] The same holds true of a person's ability to pass on beliefs and practices to future generations. This Court has recognized that the ability of a religious community's members to pass on their beliefs to their children is an essential aspect of religious

[123] Le premier volet du critère n'est pas en litige dans la présente affaire. Aucune des parties ne conteste le fait que les Ktunaxa croient sincèrement que l'Esprit de l'Ours Grizzly vit dans le Qat'muk et que tout aménagement permanent en chasserait cet esprit, profanerait le terrain et romprait le lien spirituel qui l'unit aux Ktunaxa. La question principale soulevée par le présent pourvoi touche le second volet du critère. La Juge en chef et le juge Rowe affirment que la décision du Ministre ne nuit pas à la capacité des Ktunaxa de se conformer à leurs croyances ou pratiques religieuses. Soit dit en tout respect, je ne partage pas leur avis. Comme je l'expliquerai, la décision du Ministre me semble nuire d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à la capacité des Ktunaxa de se conformer à leurs croyances et pratiques religieuses, et la revendication des Ktunaxa relève donc de l'al. 2a).

(2) La capacité de se conformer à une croyance ou pratique religieuse

[124] Rappelons que l'analyse fondée sur l'al. 2a) s'attache au point de savoir si une mesure étatique a nui à la capacité d'une personne de se conformer à ses croyances ou pratiques religieuses. La Cour a reconnu que les croyances religieuses sont « de profondes [. . .] convictions volontaires, [. . .] qui sont intégralement liées à la façon dont [l'individu] se définit et s'épanouit spirituellement », tandis que les pratiques religieuses « permettent à l'individu de communiquer avec l'être divin » (*Amselem*, par. 39). À mon avis, si la croyance religieuse d'une personne ne lui offre plus d'épanouissement spirituel, ou si sa pratique religieuse ne lui permet plus de communiquer avec l'être divin, cette personne ne peut se conformer à ses croyances ou pratiques *religieuses*, car elles ont perdu toute signification religieuse. Bien qu'une personne puisse toujours professer une croyance en particulier ou s'adonner à un rite donné, cette croyance ou ce rite n'aurait aucune signification religieuse pour elle.

[125] Il en va de même de la capacité d'une personne de transmettre des croyances et des pratiques aux générations futures. La Cour a reconnu que la capacité des membres d'une communauté religieuse de transmettre leurs croyances à leurs enfants est un

freedom protected under s. 2(a) (*Loyola*, at paras. 64 and 67). Where state action has rendered a certain belief or practice devoid of spiritual significance, this interferes with one's ability to pass on that tradition to future generations, as there would be no reason to continue a tradition that lacks spiritual significance.

[126] Therefore, where the spiritual significance of beliefs or practices has been taken away by state action, this interferes with an individual's ability to act in accordance with his or her religious beliefs or practices — whether by professing a belief, engaging in a ritual, or passing traditions on to future generations.

[127] This kind of state interference is a reality where individuals find spiritual fulfillment through their connection to the physical world. The connection to the physical world, specifically to land, is a central feature of Indigenous religions. Indeed, as M. L. Ross explains, “First Nations spirituality and religion are rooted in the land” (*First Nations Sacred Sites in Canada's Courts* (2005), at p. 3 (emphasis added)). In many Indigenous religions, land is not only the site of spiritual practices in the sense that a church, mosque or holy site might be; land may *itself* be sacred, in the sense that it is where the divine manifests itself. Unlike in Judeo-Christian faiths, for example, where the divine is considered to be supernatural, the spiritual realm in the Indigenous context is inextricably linked to the physical world. For Indigenous religions, state action that impacts land can therefore sever the connection to the divine, rendering beliefs and practices devoid of their spiritual significance. Where state action has this effect on an Indigenous religion, it interferes with a believer's ability to act in accordance with his or her religious beliefs and practices.

[128] Taking this feature of Indigenous religions into account is therefore critical in assessing whether there has been a s. 2(a) infringement. The principle of state neutrality requires that the state not favour or

aspect essentiel de la liberté de religion protégé par l'al. 2a) (*Loyola*, par. 64 et 67). Lorsqu'une mesure étatique prive de toute signification spirituelle une certaine croyance ou pratique, cela nuit à la capacité d'une personne de transmettre cette tradition aux générations futures, car il ne servirait à rien de poursuivre une tradition dénuée de signification spirituelle.

[126] Ainsi, lorsqu'une mesure étatique enlève à des croyances ou pratiques leur signification spirituelle, cela nuit à la capacité d'une personne de se conformer à ses croyances ou pratiques religieuses, que ce soit en professant une croyance, en se livrant à un rite ou en transmettant des traditions aux générations futures.

[127] Ce type d'ingérence de l'État est une réalité lorsque les citoyens s'épanouissent spirituellement par le lien qui les unit au monde concret. Le lien au monde concret, particulièrement à la terre, est un élément primordial des religions autochtones. En effet, comme l'explique M. L. Ross, [TRADUCTION] « la spiritualité et la religion des Premières Nations sont ancrées dans la terre » (*First Nations Sacred Sites in Canada's Courts* (2005), p. 3 (je souligne)). Dans de nombreuses religions autochtones, la terre est non seulement le lieu où s'exercent des pratiques spirituelles au même titre que peut l'être une église, une mosquée ou un lieu saint; la terre peut *elle-même* être sacrée, en ce sens que c'est là que l'être divin se manifeste. Contrairement aux fois judéo-chrétiennes, par exemple, où l'être divin est perçu comme étant surnaturel, dans les fois autochtones, le domaine spirituel est inextricablement lié au monde concret. Du point de vue des religions autochtones, une mesure étatique qui touche la terre peut donc rompre le lien avec l'être divin, ce qui priverait les croyances et pratiques de leur signification spirituelle. La mesure étatique qui a cet effet sur une religion autochtone nuit à la capacité d'un croyant de se conformer à ses croyances et pratiques religieuses.

[128] Il est crucial de prendre en compte cet élément des religions autochtones pour juger s'il y a eu contravention à l'al. 2a). Le principe de la neutralité de l'État exige que l'État ne favorise ni ne

hinder one religion over the other (see *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235, at para. 32; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 72). To ensure that all religions are afforded the same level of protection under s. 2(a), courts must be alive to the unique characteristics of each religion, and the distinct ways in which state action may interfere with that religion's beliefs or practices.

(3) The Chief Justice and Rowe J.'s Position on the Scope of Section 2(a)

[129] The Chief Justice and Rowe J. take a different approach. They maintain that the *Charter* protects the “freedom to worship”, but not what they call the “spiritual focal point of worship” (para. 71). If I understand my colleagues’ approach correctly, s. 2(a) of the *Charter* protects *only* the freedom to hold beliefs and manifest them through worship and practice (para. 71). In their view, even where the effect of state action is to render beliefs and practices devoid of all spiritual significance, claimants still have the freedom to hold beliefs and manifest those beliefs through practices, and there is therefore no interference with their ability to act in accordance with their beliefs. Thus, under my colleagues’ approach, as long as a Sikh student can carry a kirpan into a school (*Multani*), Orthodox Jews can erect a personal succah (*Amselem*), or the Ktunaxa have the ability to conduct ceremonies and rituals, there is no infringement of s. 2(a), even where the effect of state action is to reduce these acts to empty gestures.

[130] I cannot accept such a restrictive reading of s. 2(a). As I have indicated, where a belief or practice is rendered devoid of spiritual significance, there is obviously an interference with the ability to act in accordance with that *religious* belief or practice. The scope of s. 2(a) is therefore not limited to the freedom to hold a belief and manifest that belief through religious practices. Rather, as this Court noted in *Amselem*, “[i]t is the religious or spiritual essence of an action” that attracts protection under s. 2(a) (para. 47). In my view, the

défavorise une religion aux dépens de l’autre (voir *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 32; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 72). Pour veiller à ce que l’al. 2a) accorde la même protection à toutes les religions, les tribunaux doivent être conscients des caractéristiques propres à chacune d’elles et des différentes manières dont l’État peut nuire aux croyances ou pratiques de chaque religion.

(3) La position de la Juge en chef et du juge Rowe sur la portée de l’al. 2a)

[129] La Juge en chef et le juge Rowe voient les choses autrement. Selon eux, la *Charte* protège la « liberté de culte », mais non ce qu’ils appellent le « point de mire spirituel du culte » (par. 71). Si je comprends bien la thèse de mes collègues, l’al. 2a) de la *Charte* protège *uniquement* la liberté d’avoir des croyances et de les manifester par le culte et la pratique (par. 71). À leur avis, même si une mesure étatique a pour effet de priver des croyances et des pratiques de toute signification spirituelle, les demandeurs conservent néanmoins la liberté d’avoir des croyances et de les manifester en se livrant à des pratiques, et il n’y a donc pas atteinte à leur capacité de se conformer à leurs croyances. Par conséquent, selon la thèse de mes collègues, tant qu’un élève de religion sikhe peut porter un kirpan à l’école (*Multani*), que des Juifs orthodoxes peuvent ériger une souccah individuelle (*Amselem*), ou que les Ktunaxa peuvent tenir des cérémonies et des rituels, il n’y a pas contravention à l’al. 2a) même si la mesure étatique a pour effet de vider ces gestes de tout sens.

[130] Je ne peux souscrire à une interprétation aussi restrictive de l’al. 2a). Comme je l’ai mentionné, lorsqu’une croyance ou pratique est dénuée de signification spirituelle, il y a manifestement atteinte à la capacité de se conformer à cette croyance ou pratique *religieuse*. L’alinéa 2a) ne protège donc pas seulement la liberté d’avoir une croyance et de la manifester en se livrant à des pratiques religieuses. D’ailleurs, comme l’a souligné la Cour dans *Amselem*, « [c]’est le caractère religieux ou spirituel d’un acte » qui entraîne la protection de l’al. 2a)

approach adopted by my colleagues does not engage with this crucial point. It does not take into account that if a belief or practice becomes devoid of spiritual significance, it is highly unlikely that a person would continue to hold those beliefs or engage in those practices. Indeed, that person would have no reason to do so. With respect, my colleagues' approach amounts to protecting empty gestures and hollow rituals, rather than guarding against state conduct that interferes with "profoundly personal beliefs", the true purpose of s. 2(a)'s protection (*Edwards Books*, at p. 759).

[131] This approach also risks excluding Indigenous religious freedom claims involving land from the scope of s. 2(a)'s protection. As indicated, there is an inextricable link between spirituality and land in Indigenous religious traditions. In this context, state action that impacts land can sever the spiritual connection to the divine, rendering Indigenous beliefs and practices devoid of their spiritual significance. My colleagues have not taken this unique and central feature of Indigenous religion into account. Their approach therefore risks foreclosing the protections of s. 2(a) of the *Charter* to substantial elements of Indigenous religious traditions.

(4) The Minister's Decision Infringes the Ktunaxa's Freedom of Religion Under Section 2(a) of the Charter

[132] I turn now to the facts of this case. The Ktunaxa's religion encompasses multiple spirits and several places of spiritual significance (see, e.g., A.R., vol. II, at pp. 119 and 197). The Ktunaxa sincerely believe that Qat'muk is a highly sacred site, home to a very important spirit — Grizzly Bear Spirit. The Ktunaxa assert that Grizzly Bear Spirit provides them with spiritual guidance and assistance. They claim that the proposed development would drive Grizzly Bear Spirit out, sever their spiritual connection with Qat'muk, and render their beliefs in Grizzly Bear Spirit devoid of spiritual significance.

(par. 47). J'estime que l'approche adoptée par mes collègues fait abstraction de ce point capital. Elle ne tient pas compte du fait que, si une croyance ou pratique perd sa signification spirituelle, il est fort peu probable qu'une personne conserve cette croyance ou se livre toujours à cette pratique. En effet, cette personne n'aurait aucune raison de le faire. Soit dit en tout respect, l'approche de mes collègues revient à protéger des gestes vains et des rites vides de sens plutôt qu'à se prémunir contre la conduite de l'État qui nuit à des « croyances intimes profondes », le véritable objet de la protection accordée par l'al. 2a) (*Edwards Books*, p. 759).

[131] Cette approche risque aussi d'exclure des revendications territoriales autochtones fondées sur la liberté de religion de la protection accordée par l'al. 2a). Comme je l'ai mentionné, un lien inextricable unit la spiritualité et la terre dans les traditions religieuses autochtones. Dans ces conditions, une mesure étatique qui touche la terre peut rompre le lien spirituel avec l'être divin et priver ainsi les croyances et pratiques autochtones de leur signification spirituelle. Mes collègues n'ont pas tenu compte de cette caractéristique unique et centrale de la religion autochtone. Leur approche risque donc d'exclure des éléments importants de traditions religieuses autochtones de la protection accordée par l'al. 2a) de la *Charte*.

(4) La décision du Ministre porte atteinte à la liberté de religion garantie aux Ktunaxa par l'al. 2a) de la Charte

[132] Je passe maintenant aux faits de l'espèce. La religion des Ktunaxa englobe de multiples esprits et plusieurs lieux d'importance spirituelle (voir, p. ex., d.a., vol. II, p. 119 et 197). Les Ktunaxa croient sincèrement que le Qat'muk est un lieu très sacré, le foyer d'un esprit fort important, celui de l'Ours Grizzly. Selon eux, cet esprit leur donne des conseils et de l'assistance spirituels. Ils prétendent que l'aménagement proposé chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly, romprait leur lien spirituel avec le Qat'muk et priverait leurs croyances en cet esprit de toute signification spirituelle.

[133] The Chief Justice and Rowe J. frame the Ktunaxa’s religious freedom claim as one that seeks to protect the “spiritual focal point of worship” — that is, Grizzly Bear Spirit (para. 71). I disagree. The Ktunaxa are seeking protection of their ability to act in accordance with their religious beliefs and practices, which falls squarely within the scope of s. 2(a). If the Ktunaxa’s religious beliefs in Grizzly Bear Spirit become entirely devoid of religious significance, their prayers, ceremonies and rituals in recognition of Grizzly Bear Spirit would become nothing more than empty words and hollow gestures. There would be no reason for them to continue engaging in these acts, as they would be devoid of any spiritual significance. Members of the Ktunaxa assert that without their spiritual connection to Qat’muk and to Grizzly Bear Spirit, they would be unable to pass on their beliefs and practices to future generations in any meaningful way, as illustrated in the following excerpt from an affidavit quoted in the appellants’ factum:

If the proposed resort were to go ahead in the heart of Qat’muk, I do not see how I can meaningfully speak to my grandchildren about Grizzly Bear Spirit. How can I teach them his songs, what to ask from him, if he no longer has a place recognizable to us and respected as his within our world? [para. 28]

[134] Viewed this way, I am satisfied that the Minister’s decision approving the proposed development interferes with the Ktunaxa’s ability to act in accordance with their religious beliefs or practices in a manner that is more than trivial or insubstantial. The decision therefore amounts to an infringement of the Ktunaxa’s freedom of religion under s. 2(a).

#### B. *The Minister’s Decision Was Reasonable*

##### (1) The Doré Framework

[135] Having resolved the preliminary issue that the Minister’s decision to approve the development infringes the Ktunaxa’s s. 2(a) right, I turn now to

[133] La Juge en chef et le juge Rowe disent que la revendication des Ktunaxa fondée sur la liberté de religion vise à protéger le « point de mire spirituel du culte », en l’occurrence l’Esprit de l’Ours Grizzly (par. 71). Je ne suis pas de cet avis. Les Ktunaxa réclament la protection de leur capacité de se conformer à leurs croyances et pratiques religieuses, qui relèvent nettement de l’al. 2a). Si les croyances religieuses des Ktunaxa en l’Esprit de l’Ours Grizzly perdent toute signification religieuse, leurs prières, cérémonies et rites en l’honneur de cet esprit ne seraient plus que de vaines paroles et des gestes vides de sens. Les Ktunaxa n’auraient aucune raison de continuer de se livrer à ces actes, car ceux-ci seraient dépourvus de toute signification spirituelle. Des membres des Ktunaxa mentionnent que, sans leur lien spirituel avec le Qat’muk et l’Esprit de l’Ours Grizzly, ils ne seraient pas en mesure de transmettre de façon significative leurs croyances et pratiques aux générations futures, comme le montre l’extrait suivant d’un affidavit cité dans le mémoire des appelants :

[TRADUCTION] Si la construction de la station de ski proposée devait aller de l’avant dans le cœur du Qat’muk, je ne vois pas comment je pourrais parler de façon significative de l’Esprit de l’Ours Grizzly à mes petits-enfants. Comment pourrais-je leur enseigner ses chansons, ce que nous pouvons lui demander, s’il n’occupe plus une place que nous reconnaissons et qui est tenue pour la sienne dans notre monde? [par. 28]

[134] Dans cette optique, je suis convaincu que la décision du Ministre d’approuver l’aménagement proposé nuit d’une manière plus que négligeable ou insignifiante à la capacité des Ktunaxa de se conformer à leurs croyances ou pratiques religieuses. La décision porte donc atteinte à la liberté de religion garantie aux Ktunaxa par l’al. 2a).

#### B. *La décision du Ministre était raisonnable*

##### (1) Le cadre d’analyse établi dans Doré

[135] Ayant réglé la question préliminaire en statuant que la décision du Ministre d’approuver l’aménagement porte atteinte au droit garanti aux Ktunaxa



the question of whether the Minister’s decision was reasonable.

[136] This Court’s decision in *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, sets out the applicable framework for assessing whether the Minister reasonably exercised his statutory discretion in accordance with the Ktunaxa’s *Charter* protections (*Loyola*, at para. 3). On judicial review, the task of the reviewing court applying the *Doré* framework “is to assess whether the decision is reasonable because it reflects a proportionate balance” between the *Charter* protections — both rights and values — at stake and the relevant statutory objectives (*Loyola*, at para. 37, citing *Doré*, at para. 57). As this Court explained in *Loyola*, a proportionate balancing is one “that gives effect, as fully as possible to the *Charter* protections at stake given the particular statutory mandate” (para. 39). That is, when the Minister balances the *Charter* protections with the relevant statutory objectives, he or she must ensure that the *Charter* protections are “affected as little as reasonably possible” in light of the state’s particular objectives (*Loyola*, at para. 40). This approach respects the expertise that decision makers like the Minister bring to balancing *Charter* protections and statutory objectives in the context of the particular facts before them (*Loyola*, at para. 42, citing *Doré*, at para. 47).

(2) A Reviewing Court May Consider an Administrative Decision Maker’s Implicit Reasons

[137] The Ktunaxa submit that the Minister did not consider their s. 2(a) claim at all when he made his decision and that his decision was therefore unreasonable. Although the Ktunaxa advised the Minister that their s. 2(a) right was implicated by his decision regarding the development (A.F., at para. 17), the Minister did not refer to s. 2(a) explicitly in his reasons for his decision.

par l’al. 2a), j’aborde maintenant le point de savoir si cette décision était raisonnable.

[136] Dans l’arrêt *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, la Cour établit le cadre d’analyse applicable pour décider si le Ministre a raisonnablement exercé le pouvoir discrétionnaire que lui accorde la loi en conformité avec les protections conférées par la *Charte* aux Ktunaxa (*Loyola*, par. 3). Lors d’un contrôle judiciaire, le rôle de la cour appelée à appliquer le cadre d’analyse établi dans *Doré* « consiste à se demander si la décision en cause est raisonnable parce qu’elle est le fruit d’une mise en balance proportionnée » des protections de la *Charte* — tant les droits que les valeurs — en jeu et des objectifs pertinents visés par la loi (*Loyola*, par. 37, citant *Doré*, par. 57). Comme l’a expliqué la Cour dans *Loyola*, une mise en balance proportionnée en est une « qui donne effet autant que possible aux protections en cause conférées par la *Charte* compte tenu du mandat législatif particulier en cause » (par. 39). Autrement dit, quand le Ministre met en balance les protections conférées par la *Charte* et les objectifs pertinents de la loi, il doit s’assurer que ces protections sont « restrei[ntes] [. . .] aussi peu que cela est raisonnablement possible » eu égard aux objectifs particuliers de l’État (*Loyola*, par. 40). Cette approche respecte l’expertise que les décideurs comme le Ministre apportent à la mise en balance des protections conférées par la *Charte* et des objectifs de la loi dans le contexte des faits particuliers dont ils sont saisis (*Loyola*, par. 42, citant *Doré*, par. 47).

(2) Une cour de révision peut examiner les motifs implicites d’un décideur administratif

[137] Les Ktunaxa soutiennent que le Ministre n’a pas du tout pris en compte leur revendication fondée sur l’al. 2a) au moment de prendre sa décision et que celle-ci était donc déraisonnable. Bien que les Ktunaxa aient informé le Ministre que sa décision concernant l’aménagement mettait en jeu le droit que leur reconnaissait l’al. 2a) (m.a., par. 17), il n’a pas mentionné explicitement cet alinéa dans ses motifs de décision.

[138] The chambers judge, Savage J., held that the Minister did not need to specifically refer to the s. 2(a) claim made by the Ktunaxa, because the Minister addressed the “substance” of the asserted *Charter* right in his reasons: the Ktunaxa’s spiritual connection to Qat’muk, and the impact the development would have on this connection (2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, at paras. 270 and 273). Although Savage J. found that the Minister’s decision did not infringe the Ktunaxa’s s. 2(a) right, he stated that if he was wrong in this regard, the Minister’s decision amounted to a proportionate balancing of the *Charter* protections with the statutory objectives (para. 301).

[139] As I will explain, I agree with Savage J. in two respects: (1) that the Minister addressed the “substance” of the Ktunaxa’s s. 2(a) right; and (2) that it is implicit from the Minister’s reasons that he proportionately balanced the *Charter* protections at stake for the Ktunaxa with the relevant statutory objectives. In this case, it is important to recall that reviewing courts may consider an administrative decision maker’s implicit reasoning for reaching a decision. As Abella J. held in *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, the reasons given by an administrative decision maker are not required to explicitly address every argument raised by the claimant:

Reasons may not include all the arguments, statutory provisions, jurisprudence or other details the reviewing judge would have preferred, but that does not impugn the validity of either the reasons or the result under a reasonableness analysis. A decision-maker is not required to make an explicit finding on each constituent element, however subordinate, leading to its final conclusion . . . [para. 16]

[140] Rather, the ultimate question for the reviewing court is whether “the reasons allow the reviewing court to understand why the [administrative decision maker] made its decision and permit it to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes” (*ibid.*). Even if the reasons

[138] Le juge en chambre, le juge Savage, a conclu que le Ministre n’avait pas à mentionner expressément la revendication faite par les Ktunaxa sur la base de l’al. 2a) parce qu’il a traité de la « substance » du droit invoqué au titre de la *Charte* dans ses motifs : le lien spirituel des Ktunaxa avec le Qat’muk et l’impact qu’aurait l’aménagement sur ce lien (2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, par. 270 et 273). Bien que le juge Savage ait estimé que la décision du Ministre ne portait pas atteinte au droit reconnu aux Ktunaxa par l’al. 2a), il a dit que, même s’il se trompait sur ce point, la décision du Ministre était le fruit d’une mise en balance proportionnée des protections conférées par la *Charte* et des objectifs de la loi (par. 301).

[139] Comme je l’expliquerai, je partage l’avis du juge Savage à deux égards : (1) le Ministre a traité de la « substance » du droit garanti aux Ktunaxa par l’al. 2a) et (2) il ressort implicitement des motifs du Ministre qu’il a mis en balance de façon proportionnée les protections de la *Charte* en jeu pour les Ktunaxa et les objectifs pertinents de la loi. En l’espèce, il importe de rappeler que la cour de révision peut tenir compte du raisonnement adopté implicitement par le décideur administratif pour parvenir à une décision. Comme l’a déclaré la juge Abella dans *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, il n’est pas nécessaire que les motifs du décideur administratif abordent explicitement chaque argument soulevé par le demandeur :

Il se peut que les motifs ne fassent pas référence à tous les arguments, dispositions législatives, précédents ou autres détails que le juge siégeant en révision aurait voulu y lire, mais cela ne met pas en doute leur validité ni celle du résultat au terme de l’analyse du caractère raisonnable de la décision. Le décideur n’est pas tenu de tirer une conclusion explicite sur chaque élément constitutif du raisonnement, si subordonné soit-il, qui a mené à sa conclusion finale . . . [par. 16]

[140] La question que la cour de révision doit trancher au bout du compte est plutôt de savoir si « [les motifs] permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du [décideur administratif] et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables » (*ibid.*).

do not seem wholly adequate to justify the outcome, a reviewing court should seek to first supplement the reasons of the decision maker before substituting its own decision (*ibid.*, at para. 12). Reasonableness review thus entails “a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision” (*ibid.*, at para. 12, citing D. Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286; see also *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at para. 58). For example, in *Newfoundland Nurses*, although the chambers judge and a dissenting judge at the Court of Appeal found that the administrative decision maker’s reasons disclosed no line of reasoning which could lead to his conclusion, this Court held that the decision maker was “alive to the question at issue and came to a result well within the range of reasonable outcomes” (para. 26). His decision was therefore reasonable.

(3) The Minister Was Alive to the Substance of the Ktunaxa’s Section 2(a) Right

[141] In my view, it is clear from the Minister’s reasons that he was alive to the “substance” of the Ktunaxa’s asserted *Charter* right: the Ktunaxa’s spiritual connection to Qat’muk, and the fact that any permanent development in Qat’muk would sever their spiritual connection to the land. The Minister did note that the Ktunaxa’s *prima facie* claim to an Aboriginal right under s. 35 based on their spiritual connection to the land was “weak” (see Minister’s Rationale, at Schedule “F” of 2014 BCSC 568, pp. 117-24 (“Rationale”), at p. 122 (CanLII)). However, as I will explain, this assessment of the s. 35 claim was based on factors which are irrelevant to the s. 2(a) inquiry and thus had no bearing on the Minister’s consideration of the Ktunaxa’s s. 2(a) right.

[142] In assessing the *prima facie* claim to an Aboriginal right as “weak”, the Minister specifically referred to elements of the test under s. 35 for evaluating an Aboriginal right (see *R. v. Van der Peet*,

Même si les motifs ne semblent pas tout à fait convaincables pour justifier l’issue, la cour de révision doit d’abord chercher à les compléter avant de leur substituer sa propre décision (*ibid.*, par. 12). Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable commande donc [TRADUCTION] « une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » (*ibid.*, par. 12, citant D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286; voir aussi *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 58). Par exemple, dans *Newfoundland Nurses*, bien que le juge siégeant en cabinet et une juge dissidente de la Cour d’appel aient conclu que les motifs du décideur administratif ne faisaient ressortir aucun raisonnement susceptible de mener à la conclusion à laquelle il était parvenu, notre Cour a jugé que le décideur avait « bien saisi la question en litige et qu’il [était] parvenu à un résultat faisant sans aucun doute partie des issues possibles raisonnables » (par. 26). Sa décision était donc raisonnable.

(3) Le Ministre a bien saisi la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l’al. 2a)

[141] À mon avis, il ressort des motifs du Ministre qu’il a bien saisi la « substance » du droit revendiqué par les Ktunaxa en vertu de la *Charte* : leur lien spirituel avec le Qat’muk et le fait que toute installation permanente dans ce secteur romprait le lien en question. Le Ministre a effectivement qualifié de [TRADUCTION] « faible » la revendication à première vue, par les Ktunaxa, d’un droit ancestral reconnu à l’art. 35 du fait de leur lien spirituel avec la terre (voir les motifs du Ministre à l’annexe « F » de la décision 2014 BCSC 568, p. 117-124 (« Motifs »), p. 122 (CanLII)). Toutefois, comme je l’expliquerai, cette évaluation de la revendication fondée sur l’art. 35 reposait sur des facteurs étrangers à l’analyse concernant l’al. 2a) et ne se rapportait donc pas à la décision du Ministre sur le droit garanti aux Ktunaxa par l’al. 2a).

[142] Pour juger « faible » la revendication à première vue d’un droit ancestral, le Ministre a explicitement mentionné des éléments du test à utiliser en application de l’art. 35 pour évaluer ce droit (voir

[1996] 2 S.C.R. 507, at paras. 46, 55 and 60). These elements include whether the tradition or practice was engaged in prior to contact with Europeans and whether it was integral to the distinctive culture of the Aboriginal group. The Minister noted that there was no indication that Jumbo Valley was under threat from “permanent forms of development at the time of contact such that the right claimed would have been one that was exercised or an aboriginal tradition, practice or activity integral to the culture of [the] Ktunaxa”, and that the “details of the spiritual interest in the valley” were not shared with or known by the general Ktunaxa population (Rationale, at p. 122).

[143] These elements of the test for identifying an Aboriginal right under s. 35 are not part of the s. 2(a) inquiry. As indicated, in order to determine that there is an infringement of a s. 2(a) right, there are two requirements: (1) that the religious belief or practice is sincerely held; and (2) that state conduct has interfered with the ability to act in accordance with the belief or practice in a non-trivial way. It follows that the Minister’s comment that the *prima facie* claim concerning the Ktunaxa’s spiritual connection to the land was “weak” goes only to the strength of the s. 35 claim and has no bearing on the assessment of the Ktunaxa’s s. 2(a) right.

[144] In fact, in his Rationale, the Minister explicitly recognized that the proposed development put at stake the Ktunaxa’s spiritual connection to Qat’muk — the substance of their s. 2(a) right. Although the Minister assessed the strength of the s. 35 claim to an Aboriginal right as “weak”, he stated that he “sincerely recognize[d] the genuinely sacred values at stake for Ktunaxa leadership and the Knowledge Keepers in particular” (p. 122). In his Consultation/Accommodation Summary (reproduced in R.R. (Minister), at pp. 66-154), which the Minister refers to in his Rationale, he noted that Jumbo Valley is an area of cultural significance with sacred values, and that “the Land of the Grizzly Spirit” is a highly important spiritual site in the Ktunaxa’s traditional

*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 46, 55 et 60). Au nombre de ces éléments figurent les points de savoir si la tradition ou pratique précède le contact avec les Européens et si elle faisait partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone. D’après le Ministre, rien n’indique que la vallée Jumbo était menacée par des [TRADUCTION] « aménagements permanents au moment du contact qui auraient entraîné l’exercice du droit revendiqué ou fait en sorte que celui-ci constitue une tradition, pratique ou activité ancestrale au cœur de la culture des Ktunaxa », et les « détails de l’intérêt spirituel dans la vallée » n’étaient ni communiqués à la population générale des Ktunaxa ni connus de cette dernière (Motifs, p. 122).

[143] Ces éléments du test servant à identifier un droit ancestral reconnu à l’art. 35 ne font pas partie de l’analyse fondée sur l’al. 2a). Comme je l’ai indiqué, pour décider qu’il y a atteinte à un droit garanti à l’al. 2a), deux conditions doivent être réunies : (1) il s’agit d’une croyance ou pratique religieuse sincère et (2) la conduite étatique a nui à la capacité de se conformer à la croyance ou pratique de manière non négligeable. Par conséquent, la remarque du Ministre selon laquelle la revendication à première vue concernant le lien spirituel des Ktunaxa avec la terre était « faible » se rapporte uniquement à la solidité de la revendication fondée sur l’art. 35 et n’a rien à voir avec l’évaluation du droit garanti aux Ktunaxa par l’al. 2a).

[144] En fait, dans ses Motifs, le Ministre a expressément reconnu que l’aménagement proposé mettait en jeu le lien spirituel des Ktunaxa avec le Qat’muk, la substance du droit que leur garantit l’al. 2a). Bien que le Ministre ait jugé « faible » la revendication d’un droit ancestral fondée sur l’art. 35, il a dit avoir [TRADUCTION] « reconn[u] sincèrement les valeurs réellement sacrées en jeu pour les dirigeants des Ktunaxa et les gardiens du savoir en particulier » (p. 122). Dans son Résumé des consultations et des mesures d’accommodement (reproduit dans le d.i. (Ministre), p. 66-154), auquel renvoie le Ministre dans ses Motifs, il a signalé que la vallée Jumbo est un secteur d’importance culturelle auquel sont associées des valeurs sacrées et que [TRADUCTION] « la

lands (p. 111). In my view, the Minister was thus alive to the substance of the Ktunaxa’s s. 2(a) right.

(4) The Minister Engaged in Proportionate Balancing

(a) *Statutory Objectives*

[145] Before turning to the question of whether the Minister engaged in proportionate balancing of the substance of the Ktunaxa’s s. 2(a) right and his statutory mandate, I begin with the relevant statutory objectives in this case. The Minister referred to several of his statutory obligations under the *Land Act*, R.S.B.C. 1996, c. 245, and the *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, R.S.B.C. 1996, c. 307, that were relevant to his decision. At page 119 of his Rationale, the Minister noted that under those Acts, he is “responsible for the administration of Crown land” (see *Land Act*, s. 4), “responsible to dispose of Crown land where [he] considers advisable in the public interest” (see *Land Act*, s. 11(1)), and “responsible for encouraging outdoor recreation” (see *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, s. 5(b)). When the reasons of the Minister are read fairly as a whole, it is apparent that he took these objectives into account in arriving at his decision.

(b) *The Minister’s Efforts to Accommodate the Ktunaxa’s Section 2(a) Claim*

[146] As I will explain, it is apparent from the Minister’s reasons that he tried to limit the impact of the proposed development on the substance of the Ktunaxa’s s. 2(a) right as much as reasonably possible given these statutory objectives. The Minister in fact provided significant accommodation measures that specifically addressed the Ktunaxa’s spiritual connection to the land. As Savage J. noted, these accommodations were “clearly intended to reduce the footprint of the Proposed Resort within Qat’muk and lessen the effect of the Proposed Resort on Grizzly bears, within which the Ktunaxa say

terre de l’Esprit de l’Ours Grizzly » est une partie fort importante sur le plan spirituel du territoire traditionnel des Ktunaxa (p. 111). J’estime donc que le Ministre a bien saisi la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l’al. 2a).

(4) Le Ministre s’est livré à une mise en balance proportionnée

a) *Objectifs visés par la loi*

[145] Avant de passer à la question de savoir si le Ministre a mis en balance de façon proportionnée la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l’al. 2a) et le mandat que lui confie la loi, j’aborde les objectifs législatifs pertinents en l’espèce. Le Ministre a fait état de plusieurs de ses obligations découlant de la *Land Act*, R.S.B.C. 1996, c. 245, et de la *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, R.S.B.C. 1996, c. 307, qui ont joué dans sa décision. À la p. 119 de ses Motifs, il fait remarquer qu’aux termes de ces lois, il est [TRADUCTION] « responsable de l’administration des terres de la Couronne » (voir la *Land Act*, art. 4), « chargé d’aliéner les terres de la Couronne lorsqu[’il] l’estime indiqué dans l’intérêt public » (voir la *Land Act*, par. 11(1)) et « chargé d’encourager les activités de plein air » (voir la *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, al. 5(b)). Lorsqu’on interprète impartialement les motifs du Ministre dans leur ensemble, il est clair qu’il a tenu compte de ces objectifs pour parvenir à sa décision.

b) *Les efforts déployés par le Ministre pour satisfaire à la revendication des Ktunaxa fondée sur l’al. 2a)*

[146] Comme je l’expliquerai, il ressort des motifs du Ministre qu’il a essayé de limiter autant qu’il était raisonnablement possible de le faire l’impact de l’aménagement proposé sur la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l’al. 2a) compte tenu de ces objectifs visés par la loi. Le Ministre a en fait consenti des mesures d’accommodement importantes qui touchaient précisément le lien spirituel des Ktunaxa avec la terre. Comme l’a souligné le juge Savage, ces mesures d’accommodement [TRADUCTION] « visaient clairement à réduire l’empreinte de la station de ski proposée dans le Qat’muk et à

the Grizzly Bear Spirit manifests itself” (para. 313). These measures included the following (Rationale, at p. 123):

- The area of the “controlled recreation area” was reduced by 60% and reductions were also made to the “total resort development area”.
- An area was removed “from the controlled recreation area of the lower Jumbo Creek area that has been perceived as having greater visitation potential from Grizzly bears”.
- The “controlled recreation area” was also “amended to remove ski lifts on the West side of the valley, where impact to Grizzly bear habitat was expected to be greatest”.
- The Province of B.C. would “pursue the establishment of a Wildlife Management Area (WMA)” in order “to address potential impacts in relation to Grizzly bears and aboriginal claims relating to spiritual value of the valley”. The Ktunaxa were invited to engage with the Province in the development and implementation of the WMA objectives.

[147] It is true that these accommodation measures were provided in the context of the Minister’s duty to consult and accommodate under s. 35. The Minister provided these measures, as well as other accommodations, as part of a consultative process that occurred “at the deep end of the consultation spectrum” (Rationale, at p. 123). But, as indicated, the Minister provided the accommodation listed above to specifically address the Ktunaxa’s spiritual interest in the land, even though the Minister assessed the strength of the Ktunaxa’s *prima facie* s. 35 claim based on this interest as “weak”. In my opinion, it does not make sense that the Minister would provide significant accommodation for a “weak” s. 35 claim, which suggests that the Minister took into account the Ktunaxa’s broader spiritual

atténuer les répercussions de cette station sur les grizzlys dans lesquels, aux dires des Ktunaxa, se manifeste l’Esprit de l’Ours Grizzly » (par. 313). Ces mesures comprenaient les suivantes (Motifs, p. 123) :

- La taille de la [TRADUCTION] « zone de loisir contrôlée » a été réduite de 60 p. 100 et on a également amputé « l’aire totale d’aménagement de la station ».
- On a retranché « de la zone de loisir contrôlée du secteur inférieur de la vallée Jumbo une région perçue comme davantage susceptible d’être fréquentée par les grizzlys ».
- La « zone de loisir contrôlée » a aussi été « modifiée par le retrait des remonte-pentes sur le côté ouest de la vallée car on pensait que l’impact sur l’habitat du grizzly y serait plus important ».
- La province de la Colombie-Britannique « irait de l’avant avec la mise sur pied d’une aire de gestion de la faune (AGF) » afin « de contrer les répercussions possibles du projet sur les grizzlys et les revendications autochtones touchant la valeur spirituelle de la vallée ». On a invité les Ktunaxa à discuter avec la province de l’élaboration et de la mise en œuvre des objectifs de l’AGF.

[147] Certes, ces mesures d’accommodement ont été consenties eu égard à l’obligation du Ministre de consulter et d’accommoder découlant de l’art. 35. Le Ministre a offert ces mesures et d’autres accommodements dans le cadre d’un processus de consultation qui s’était rendu [TRADUCTION] « à l’extrémité supérieure du continuum de consultation » (Motifs, p. 123). Mais, tel qu’il est indiqué précédemment, le Ministre a offert les accommodements énumérés ci-dessus pour répondre précisément à l’intérêt spirituel des Ktunaxa sur la terre même s’il a jugé « faible » la revendication à première vue des Ktunaxa fondée sur l’art. 35. Il me semble illogique que le Ministre consente des accommodements importants pour une « faible » revendication fondée sur l’art. 35, ce qui donne à penser que le

interest in the land, distinct from the context of their s. 35 claim.

[148] The Chief Justice and Rowe J. take a different approach. They explain this apparent tension by asserting that the Minister assessed as “weak” only the Ktunaxa’s s. 35 claim that their spiritual connection to the land would be severed by any permanent development. For them, the Minister determined that the Ktunaxa’s “broader claim to spiritual values in Qat’muk” under s. 35 was strong, and he accordingly engaged in deep consultation (para. 99).<sup>1</sup> In my view, even if my colleagues are right that the Minister engaged in deep consultation to address the Ktunaxa’s “overall spiritual claim” (para. 99) under s. 35, it follows that the Minister provided the accommodation above to reduce the impact of the development on the Ktunaxa’s spiritual connection to Qat’muk. These measures indicate that the Minister made efforts to mitigate the impact on the substance of their s. 2(a) right as much as reasonably possible given his statutory mandate.

[149] Nonetheless, I acknowledge that these accommodation measures only reduce the footprint of the development in Qat’muk, a very important spiritual site in the Ktunaxa’s religion. They do not prevent the loss of the Ktunaxa’s spiritual connection to the land once the development is built and Grizzly Bear Spirit leaves Qat’muk. The Ktunaxa’s position is that there is no “middle ground” available regarding the development: no accommodation is possible, as no permanent structures can be built on the land or Qat’muk will lose its sacred nature. The Minister therefore had two options before him: approve the development or permit the Ktunaxa to

<sup>1</sup> To be clear, as I have indicated above, it is plain from the Minister’s reasons that he assessed the Ktunaxa’s s. 35 claim based on their spiritual connection to the land as “weak”. However, I am satisfied that the duty to consult and accommodate under s. 35 with respect to this claim was met by the deep consultation engaged in by the Minister.

Ministre a tenu compte de l’intérêt spirituel général des Ktunaxa sur le terrain indépendamment de leur revendication fondée sur l’art. 35.

[148] La Juge en chef et le juge Rowe adoptent une perspective différente. Ils expliquent cette contradiction apparente en affirmant que le Ministre a qualifié de « faible » uniquement la prétention des Ktunaxa fondée sur l’art. 35 selon laquelle leur lien spirituel avec la terre serait rompu par tout aménagement permanent. D’après eux, le Ministre a décidé que leur « revendication générale visant les valeurs spirituelles associées au Qat’muk » au titre de l’art. 35 était solide et il a donc procédé à des consultations approfondies (par. 99)<sup>1</sup>. À mon avis, même si mes collègues ont raison de dire que le Ministre a procédé à des consultations approfondies pour répondre à la « revendication générale de nature spirituelle » (par. 99) des Ktunaxa en conformité avec l’art. 35, il s’ensuit que le Ministre a offert les accommodements susmentionnés pour réduire l’incidence de l’aménagement sur le lien spirituel des Ktunaxa avec le Qat’muk. Ces mesures indiquent que le Ministre s’est efforcé d’atténuer autant qu’il était raisonnablement possible de le faire l’impact sur la substance du droit que leur garantit l’al. 2a) compte tenu de son mandat législatif.

[149] Néanmoins, je reconnais que ces mesures d’accommodement ne font que réduire l’empreinte de l’aménagement sur le Qat’muk, un lieu spirituel qui revêt une grande importance dans la religion des Ktunaxa. Elles n’empêchent pas les Ktunaxa de perdre leur lien spirituel avec la terre après que la station de ski soit construite et que l’Esprit de l’Ours Grizzly quitte le Qat’muk. Les Ktunaxa estiment qu’il n’y pas de « moyen terme » à l’égard de l’aménagement : aucun accommodement n’est possible, car aucune installation permanente ne peut être érigée sur la terre, sinon le Qat’muk perdra son caractère sacré. Le Ministre avait donc deux

<sup>1</sup> Précisons que, comme je l’ai mentionné précédemment, il ressort des motifs du Ministre qu’il a jugé « faible » la revendication faite par les Ktunaxa au titre de l’art. 35 sur la base de leur lien spirituel avec la terre. Or, je suis convaincu que le Ministre s’est acquitté de l’obligation de consulter et d’accommoder que lui impose cet article en procédant aux consultations approfondies.

veto the development on the basis of their freedom of religion. As I will explain, it can be implied from the Minister’s decision that permitting the Ktunaxa to veto the development was not consistent with his statutory mandate. Indeed, it would significantly undermine, if not completely compromise, this mandate.

(c) *The Right to Exclude*

[150] Granting the Ktunaxa a power to veto development over the land would effectively give the Ktunaxa a significant property interest in Qat’muk — namely, a power to exclude others from constructing permanent structures on over 50 square kilometres of public land. This right of exclusion is not a minimal or negligible restraint on public ownership. It gives the Ktunaxa the power to exclude others from developing land that the public in fact owns. The public in this case includes an Aboriginal group, the Shuswap Indian Band, that supports the development — a fact which the Minister explicitly took into consideration in his reasons. The Shuswap Indian Band is supportive of the development in part because of “the potential economic development opportunities it may provide” (R.R. (Minister), at p. 68).

[151] The power of exclusion is an essential right in property ownership, because it gives an owner the exclusive right to determine the use of his or her property and to ensure that others do not interfere with that use (see B. Ziff, *Principles of Property Law* (6th ed. 2014), at p. 6). Without the power of exclusion, the owner is unable to dictate how his or her property will be used. Even a person who has a limited power of exclusion — for example, the power to prevent development of the land — will be able to exercise control over the property and dictate its use to a significant extent.

[152] In granting a limited power of exclusion to the Ktunaxa, the Minister would effectively transfer the public’s control of the use of over 50 square kilometres of land to the Ktunaxa. This power would permit the Ktunaxa to dictate the use of the land —

choix : approuver l’aménagement ou permettre aux Ktunaxa d’opposer leur veto à l’aménagement en raison de leur liberté de religion. Comme je l’expliquerai, on peut déduire de la décision du Ministre que le deuxième choix n’était pas compatible avec son mandat législatif. En effet, cela minerait considérablement la réalisation de ce mandat, voire lui porterait un coup fatal.

c) *Le droit d’interdiction*

[150] Conférer aux Ktunaxa le pouvoir d’opposer leur veto à l’aménagement du territoire en question leur donnerait dans les faits un intérêt propriétaire d’envergure sur le Qat’muk, à savoir le pouvoir d’interdire à autrui de construire des installations permanentes sur plus de 50 kilomètres carrés de terres publiques. Ce droit d’interdiction n’est pas une restriction minimale ou négligeable de la propriété publique. Il donne aux Ktunaxa le pouvoir d’interdire à autrui d’aménager un territoire qui appartient effectivement à la population. Cette dernière comprend un groupe autochtone, la Shuswap Indian Band, qui est en faveur de l’aménagement, un fait dont a expressément tenu compte le Ministre dans ses motifs. La Shuswap Indian Band est favorable à l’aménagement notamment en raison [TRADUCTION] « des possibilités de développement économique qu’il peut offrir » (d.i. (Ministre), p. 68).

[151] Le pouvoir d’interdiction est un droit essentiel à la propriété d’un bien car il accorde au propriétaire le droit exclusif de décider de l’usage de son bien et d’éviter que d’autres personnes ne nuisent à cet usage (voir B. Ziff, *Principles of Property Law* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 6). Sans le pouvoir d’interdiction, le propriétaire ne peut dicter l’usage qui sera fait de son bien. Même le titulaire d’un pouvoir limité d’interdiction — comme celui de prévenir l’aménagement du territoire — pourra exercer un contrôle sur le bien et en dicter l’usage dans une large mesure.

[152] S’il accordait aux Ktunaxa un pouvoir limité d’interdiction, le Ministre leur céderait dans les faits le contrôle que détient le public sur l’utilisation de plus de 50 kilomètres carrés de terres. Ce pouvoir permettrait aux Ktunaxa de dicter l’usage



namely, preventing any permanent structures from being constructed — so that it does not conflict with their religious belief in the sacred nature of Qat'muk. A religious group would therefore be able to regulate the use of a vast expanse of public land so that it conforms to its religious belief. It seems implicit from the Minister's reasons that permitting a religious group to dictate the use of a large tract of land according to its religious belief — and excluding the public from using the land in a way contrary to this belief — would undermine the objectives of administering Crown land and disposing of it in the public interest. It can be inferred that the Minister found that granting the Ktunaxa such a power of exclusion would not fulfill his statutory mandate. Rather, it would significantly compromise — if not negate — those objectives.

[153] As indicated, the Ktunaxa's s. 2(a) claim left the Minister with two options: either to approve the development, or to grant the Ktunaxa a right to exclude others from constructing any permanent development on over 50 square kilometres of public land. This is distinct from a situation where some reasonable accommodation — a “middle ground” — is possible. For example, where a claimant seeks limited access to an area of land, or seeks to restrict a certain activity on an area of land during certain limited time periods, granting an accommodation may not have the effect of undermining the Minister's statutory objectives of administering Crown land and disposing of it in the public interest. As proportionate balancing under *Doré* requires limiting *Charter* protections “no more than is necessary given the applicable statutory objectives” (*Loyola*, at para. 4), in such cases, it may be unreasonable for the Minister not to provide these accommodations.

[154] But here, an accommodation that would not compromise the Minister's statutory mandate was unavailable. As indicated, the Minister did make an

du territoire — soit empêcher la construction de toute installation permanente — pour éviter qu'elle n'entre en conflit avec leur croyance religieuse dans le caractère sacré du Qat'muk. Un groupe religieux serait donc en mesure de réglementer l'utilisation d'une vaste étendue de terre publique pour qu'elle se conforme à sa croyance religieuse. Il semble se dégager implicitement des motifs du Ministre que permettre à un groupe religieux de dicter l'utilisation d'une grande étendue de terrain selon sa croyance religieuse — et d'interdire à la population d'utiliser le terrain contrairement à cette croyance — entraverait la réalisation des objectifs d'administrer les terres de la Couronne et de les aliéner dans l'intérêt public. On peut en déduire que, selon le Ministre, conférer aux Ktunaxa pareil pouvoir d'interdiction ne lui permettrait pas de remplir son mandat législatif. L'octroi de ce pouvoir compromettrait plutôt substantiellement l'atteinte de ces objectifs, voire lui porterait un coup fatal.

[153] Comme je l'ai indiqué, la revendication des Ktunaxa fondée sur l'al. 2a) laissait deux choix au Ministre : soit approuver l'aménagement, soit accorder aux Ktunaxa le droit d'interdire à autrui de construire toute installation permanente sur plus de 50 kilomètres carrés de terres publiques. Ce cas se distingue d'une situation où il est possible de parvenir à un compromis raisonnable, un « moyen terme ». Par exemple, lorsqu'un demandeur réclame l'accès limité à un secteur ou cherche à restreindre une activité donnée dans un secteur pendant certaines périodes limitées, le fait d'offrir un accommodement n'aura peut-être pas pour effet d'entraver la réalisation des objectifs confiés par la loi au Ministre d'administrer les terres de la Couronne et de les aliéner dans l'intérêt public. Puisque la mise en balance proportionnée établie dans *Doré* exige qu'on ne limite pas les protections énumérées dans la *Charte* « plus qu'il n'est nécessaire compte tenu des objectifs applicables visés par la loi » (*Loyola*, par. 4), en pareil cas, il peut être déraisonnable pour le Ministre de ne pas offrir ces accommodements.

[154] Mais dans l'affaire qui nous occupe, il était impossible d'offrir un accommodement qui ne compromettrait pas la réalisation du mandat confié au

effort to provide the Ktunaxa with accommodation to limit the impact on their religious freedom, but the Ktunaxa took the position that no permanent development in the area could be allowed. This placed the Minister in a difficult, if not impossible, position. He determined that if he granted the power of exclusion to the Ktunaxa, this would significantly hamper, if not prevent, him from fulfilling his statutory objectives: to administer Crown land and to dispose of it in the public interest. In the end, he found that the fulfillment of his statutory mandate prevented him from giving the Ktunaxa a veto right over the construction of permanent structures on over 50 square kilometres of public land.

[155] In view of the options open to the Minister, I am satisfied that this decision was reasonable in the circumstances. It limited the Ktunaxa's right "as little as reasonably possible" given the statutory objectives (*Loyola*, at para. 40) and amounted to a proportionate balancing.

### III. Conclusion

[156] For these reasons, I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants: Peter Grant & Associates, Vancouver; Diane Soroka Avocate Inc., Westmount, Quebec.*

*Solicitor for the respondent the Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the respondent Glacier Resorts Ltd.: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.*

Ministre par la loi. Je le rappelle, le Ministre s'est efforcé de fournir aux Ktunaxa un accommodement pour limiter l'impact du projet sur leur liberté de religion, mais les Ktunaxa ont soutenu qu'on ne pouvait autoriser aucun aménagement permanent dans le secteur. Cela a mis le Ministre dans une situation difficile, voire impossible. Selon lui, s'il accordait le pouvoir d'interdiction aux Ktunaxa, cela le gênerait considérablement dans la réalisation de ses objectifs légaux, voire l'empêcherait de les réaliser : administrer les terres de la Couronne et les aliéner dans l'intérêt public. En fin de compte, il a jugé que la réalisation du mandat que lui attribue la loi l'empêchait de donner aux Ktunaxa un droit de veto sur la construction d'installations permanentes sur plus de 50 kilomètres carrés de terres publiques.

[155] Vu les choix qui s'offraient au Ministre, je suis convaincu que cette décision était raisonnable dans les circonstances. Elle a restreint le droit des Ktunaxa « aussi peu que cela [était] raisonnablement possible » compte tenu des objectifs visés par la loi (*Loyola*, par. 40) et était le fruit d'une mise en balance proportionnée.

### III. Conclusion

[156] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs des appelants : Peter Grant & Associates, Vancouver; Diane Soroka Avocate Inc., Westmount, Québec.*

*Procureur de l'intimé Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureurs de l'intimée Glacier Resorts Ltd. : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Muslim Lawyers Association, the South Asian Legal Clinic of Ontario and the Kootenay Presbytery (United Church of Canada): Stockwoods, Toronto; Khalid Elgazzar, Ottawa.*

*Solicitors for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Christian Legal Fellowship: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa; Christian Legal Fellowship, London, Ontario.*

*Solicitors for the intervener the Alberta Muslim Public Affairs Council: Nanda & Company, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener Amnesty International Canada: Ecojustice Canada, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Te'mexw Treaty Association: JFK Law Corporation, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Central Coast Indigenous Resource Alliance: Ng Ariss Fong, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Shibogama First Nations Council: Olthuis, Kleer, Townshend, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Chamber of Commerce: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Goldblatt Partners, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic: Paul Williams, Ohsweken, Ontario.*

*Solicitors for the intervener the Katzie First Nation: Donovan & Company, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the West Moberly First Nations and the Prophet River First Nation: Devlin Gailus Westaway, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureurs des intervenants l'Association canadienne des avocats musulmans, South Asian Legal Clinic of Ontario et Kootenay Presbytery (United Church of Canada) : Stockwoods, Toronto; Khalid Elgazzar, Ottawa.*

*Procureurs des intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et l'Alliance des chrétiens en droit : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa; Alliance des chrétiens en droit, London, Ontario.*

*Procureurs de l'intervenant Alberta Muslim Public Affairs Council : Nanda & Company, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenante Amnistie internationale (Canada) : Ecojustice Canada, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Te'mexw Treaty Association : JFK Law Corporation, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante Central Coast Indigenous Resource Alliance : Ng Ariss Fong, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant Shibogama First Nations Council : Olthuis, Kleer, Townshend, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce du Canada : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Goldblatt Partners, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic : Paul Williams, Ohsweken, Ontario.*

*Procureurs de l'intervenante Katzie First Nation : Donovan & Company, Vancouver.*

*Procureurs des intervenantes West Moberly First Nations et Prophet River First Nation : Devlin Gailus Westaway, Victoria.*

**Association of Justice Counsel** *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada** *Respondent*

**INDEXED AS: ASSOCIATION OF JUSTICE COUNSEL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**2017 SCC 55**

File No.: 37014.

2017: April 19; 2017: November 3.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Labour relations — Arbitration — Grievances — Collective agreements — Residual management rights — Work schedule — Balancing of interests approach — Employer unilaterally imposing directive making after-hour standby shifts mandatory for lawyers in order to respond to urgent immigration matters — Lawyers no longer compensated for entire period spent on standby but only for hours actually worked on urgent requests — Whether mandatory standby duty directive is reasonable and fair exercise of employer’s management rights under collective agreement — Whether adjudicator’s assessment of different interests at stake and ultimate balancing of those interests was reasonable.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Scope of right — Privacy — Collective agreement prohibiting employer from imposing workplace policy that would restrict lawyers’ constitutional rights — Employer unilaterally imposing directive making after-hour standby shifts mandatory for lawyers in order to respond to urgent immigration matters — Lawyers no longer compensated for entire period spent on standby but only for hours actually worked on urgent requests — Whether employer’s mandatory standby duty directive infringes right to liberty protected by s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

**Association des juristes de justice** *Appelante*

c.

**Procureur général du Canada** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : ASSOCIATION DES JURISTES DE JUSTICE c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**2017 CSC 55**

N° du greffe : 37014.

2017 : 19 avril; 2017 : 3 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

*Relations du travail — Arbitrage — Grievs — Conventions collectives — Droits résiduels de la direction — Horaire de travail — Démarche axée sur la mise en balance des intérêts — Imposition unilatérale, par l’employeur, d’une directive obligeant les juristes à effectuer des quarts de garde après les heures normales de travail afin de pouvoir intervenir dans des affaires urgentes en matière d’immigration — Juristes n’étant plus rémunérés pour toute la période de garde, mais uniquement pour les heures effectivement travaillées sur des demandes urgentes — La directive en matière de quarts de garde obligatoires constitue-t-elle un exercice raisonnable et équitable des droits de la direction de l’employeur prévus dans la convention collective? — L’appréciation par l’arbitre de grief des divers intérêts en jeu et sa mise balance finale de ceux-ci étaient-elles raisonnables?*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Portée du droit — Protection de la vie privée — Convention collective interdisant à l’employeur d’imposer une politique en milieu de travail qui aurait pour effet de restreindre les droits constitutionnels des juristes — Imposition unilatérale, par l’employeur, d’une directive obligeant les juristes à effectuer des quarts de garde après les heures normales de travail afin de pouvoir intervenir dans des affaires urgentes en matière d’immigration — Juristes n’étant plus rémunérés pour toute la période de garde, mais uniquement pour les heures effectivement travaillées sur des demandes urgentes — La directive sur les quarts de garde obligatoires de l’employeur porte-t-elle atteinte au droit à la liberté garanti par l’art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?*

In the early 1990s, the employer established a standby shift system to respond to urgent immigration matters outside of normal business hours, whereby a lawyer in the Immigration Law Directorate in the Quebec Regional Office of the Department of Justice Canada would be available evenings and weekends to attend on short notice to any urgent stay applications that might arise. Until 2010, the system worked on a volunteer basis. Lawyers who volunteered to cover standby shifts were compensated with paid leave and received the same amount of compensation irrespective of whether they were called into work. In March 2010, the lawyers were informed that they would no longer be paid for time spent on standby. Instead, they would be compensated — through either overtime pay or paid leave, depending on their seniority status — only for the time they spent working if they received an urgent request. With this change in policy, there were no longer enough volunteers to cover the standby periods. In response, the employer issued a directive making after-hour standby shifts mandatory. The Association of Justice Counsel then filed a grievance on behalf of lawyers working in the Immigration Law Directorate.

The collective agreement at issue is silent on standby duty, but it specifies that the employer retains all management rights and powers that have not been modified or limited by the collective agreement. The labour adjudicator concluded that the directive was not a reasonable or fair exercise of management rights and infringed the lawyers' right to liberty under s. 7 of the *Charter*. He ordered the employer to immediately cease applying the directive. The Federal Court of Appeal allowed the government's application for judicial review and set aside the adjudicator's decision.

*Held* (Moldaver and Côté JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part. The adjudicator's decision that the directive contravened the collective agreement is reasonable and his order that the employer stop applying the directive should be reinstated.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ.: At issue is the interpretation of a management rights clause in a collective agreement, clearly a matter on which labour arbitrators are owed deference. Management's residual right to unilaterally impose workplace rules is constrained by the collective agreement,

Au début des années 1990, l'employeur a mis sur pied un système de quarts de garde permettant d'intervenir dans des affaires urgentes en matière d'immigration en dehors des heures normales de travail, système suivant lequel un juriste de la Direction du droit de l'immigration du Bureau régional du Québec du ministère de la Justice Canada serait disponible les soirs et les fins de semaine pour traiter à court préavis toute demande de sursis urgente susceptible de se présenter. Jusqu'en 2010, le système fonctionnait sur une base volontaire. Les juristes qui se portaient volontaires pour assurer les quarts de garde étaient rémunérés en congés payés et recevaient la même indemnité qu'ils soient appelés ou non au travail. En mars 2010, les juristes ont été informés qu'ils ne seraient plus payés pour les périodes de garde. Désormais, ils ne seraient rémunérés — sous forme de primes d'heures supplémentaires ou de congés payés, selon leur niveau d'ancienneté — que pour les heures travaillées s'ils recevaient une demande urgente. Avec ce changement de politique, il n'y avait plus assez de volontaires pour assurer le service pendant les périodes de garde. En réponse, l'employeur a communiqué une directive rendant obligatoires les quarts de garde après les heures normales de travail. L'Association des juristes de justice a alors déposé un grief au nom des juristes travaillant à la Direction du droit de l'immigration.

La convention collective en cause est muette sur l'obligation de disponibilité, mais elle précise que l'employeur conserve tous les droits et pouvoirs de la direction qui n'ont pas été modifiés ou limités par la convention collective. L'arbitre en droit du travail a conclu que la directive ne constituait pas un exercice raisonnable ou équitable des droits de la direction et qu'elle portait atteinte au droit à la liberté que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux juristes. Il a ordonné à l'employeur de cesser immédiatement de l'appliquer. La Cour d'appel fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par le gouvernement et a annulé la décision de l'arbitre.

*Arrêt* (les juges Moldaver et Côté sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. La décision de l'arbitre selon laquelle la directive contrevient à la convention collective est raisonnable et son ordonnance enjoignant à l'employeur de cesser d'appliquer la directive est rétablie.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe : La question en litige en l'espèce concerne l'interprétation d'une clause de convention collective portant sur les droits de la direction, ce qui est manifestement une matière à l'égard de laquelle les arbitres en droit du travail ont droit à la

as it provides that in administering the collective agreement, the employer must “act reasonably, fairly and in good faith”. The approach to determining whether a policy that affects employees is a reasonable exercise of management rights is the “balancing of interests” assessment. This approach requires labour arbitrators to apply their labour relations expertise, consider all of the surrounding circumstances, and determine whether the employer’s policy strikes a reasonable balance between management and employees’ interests. Whether the unilateral imposition of a standby period is reasonable and fair will depend on the circumstances and the terms of the particular collective agreement. This determination is highly fact-based.

The adjudicator applied the appropriate analytical framework to assess the exercise of management rights and the surrounding circumstances of the directive supported his conclusion that the employer’s directive was neither reasonable nor fair. There was no standby clause in the recently finalized collective agreement, no mention of the requirement in the lawyers’ employment contracts or job descriptions, nor were similar policies the norm in the sector. The fact that the directive affects the lawyers’ lives outside of working hours is a significant factor in the assessment of the directive’s impact on employees. Further, there is some apparent unfairness in a policy or directive that unilaterally withdraws compensation for standby duty, when the provision of such compensation had been a long-standing practice. While an employer does not need to provide evidence that there were no other alternatives, the availability of realistic, but less intrusive, means to meet organizational needs may be a relevant consideration in the balancing of interests assessment. The adjudicator was entitled to note the lack of such evidence. There is also no indication that the adjudicator misunderstood the factual impact of the directive on the lawyers, as set out in the agreed statement of facts. The Federal Court of Appeal therefore erred by substituting its own balancing of the interests involved for that of the adjudicator.

The directive does not violate the lawyers’ s. 7 *Charter* right to liberty. The directive requires them, as a condition of their employment, to be potentially less available to their families or to forego certain personal activities

déférence. La convention collective limite le droit résiduel de la direction d’imposer unilatéralement des règles en milieu de travail, car elle prévoit que l’employeur doit « agi[r] raisonnablement, équitablement et de bonne foi » dans l’administration de la convention collective. La démarche applicable pour déterminer si une politique ayant une incidence sur les employés constitue un exercice raisonnable des droits de la direction est l’évaluation axée sur la « mise en balance des intérêts ». Cette démarche exige des arbitres en droit du travail qu’ils mettent à profit leur expertise dans le domaine des relations de travail, qu’ils tiennent compte de toutes les circonstances et qu’ils décident si la politique de l’employeur établit un équilibre raisonnable entre les intérêts de la direction et ceux des employés. La question de savoir si l’imposition unilatérale d’une période de garde est raisonnable et équitable dépendra des circonstances et des dispositions de la convention collective en cause. Cette conclusion est largement tributaire des faits.

L’arbitre a appliqué le cadre d’analyse approprié pour évaluer l’exercice des droits de la direction, et les circonstances entourant la directive de l’employeur appuyaient sa conclusion suivant laquelle cette mesure n’était ni raisonnable ni équitable. La convention collective récemment finalisée ne renfermait aucune clause de disponibilité, l’obligation n’avait pas été mentionnée dans les contrats d’emploi ou dans les descriptions de tâches des juristes, et de telles politiques n’étaient pas la norme dans le secteur. Le fait que la directive ait un effet sur la vie des juristes en dehors des heures de travail constitue un facteur important dans l’appréciation de son incidence sur les employés. De plus, une politique ou une directive qui supprime unilatéralement la rémunération accordée en contrepartie d’une obligation de disponibilité crée une iniquité apparente lorsqu’une telle rémunération constituait une pratique de longue date. Bien que l’employeur ne soit pas tenu de prouver qu’il n’y avait pas d’autres solutions, l’existence de moyens réalistes, mais moins attentatoires, pour répondre aux besoins organisationnels peut constituer une considération pertinente dans l’appréciation axée sur la mise en balance des intérêts. Il était loisible à l’arbitre de noter l’absence d’une telle preuve. De plus, rien n’indique que celui-ci a mal compris les effets observables de la directive sur les juristes, effets énoncés dans l’exposé conjoint des faits. La Cour d’appel fédérale a donc commis une erreur en substituant sa propre mise en balance des intérêts en cause à celle de l’arbitre.

La directive ne porte pas atteinte au droit à la liberté que l’art. 7 de la *Charte* garantit aux juristes. Elle oblige ceux-ci, comme condition d’emploi, à être potentiellement moins disponibles pour leurs familles ou à renoncer

for, at most, two to three weeks a year. This incursion into the private, after-work lives of the lawyers does not implicate the type of fundamental personal choices that are protected within the scope of s. 7.

*Per* Moldaver and Côté JJ. (dissenting in part): The adjudicator erred in concluding that the mandatory standby duty directive represented an unreasonable and unfair exercise of the employer's management rights and infringed counsel's right to liberty guaranteed by s. 7 of the *Charter*.

The adjudicator's reasoning was clearly influenced by his erroneous conclusions with respect to s. 7 of the *Charter*, as he considered the issue of whether the directive represented a reasonable and fair exercise of the employer's management powers through the prism of those conclusions. For example, in concluding that the directive seemed to him quite simply neither reasonable nor fair, the adjudicator noted, *inter alia*, that it would instead be fair for counsel to be compensated for the time during which the employer continued to exercise a certain control over their lives. The adjudicator's conclusions on the violation of the collective agreement with respect to the exercise of the management power and the protection of counsel's constitutional rights were thus based on the same characterization of the impact of the directive on the lawyers' lives. This characterization seems flawed in that it disregards key elements of the agreed statement of facts.

Because the grievance should be remitted to another adjudicator, it would not be appropriate to rule on the reasonableness and fairness of the directive. It should be noted, however, that the conclusions of the adjudicator in this case do not seem defensible in respect of either the facts or the law. Regarding the facts, his conclusion that the employer had a certain control over the organizational need underlying the unilateral imposition of standby duty goes against the common evidence submitted by the parties to the effect that a stay application can arise unexpectedly and should be processed on an emergency basis. For this reason, therefore, to the extent that the adjudicator has disregarded certain essential facts in his reasons, his decision does not fall within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts.

Nor does the adjudicator's decision seem defensible in respect of the law. The analysis of the reasonableness and fairness of a unilaterally imposed directive is based on a balancing of interests approach, not an approach focusing on whether the employer has adopted the least intrusive means of meeting its operational requirements. In considering whether the employer had acted reasonably, fairly

à certaines activités personnelles, et ce, deux à trois semaines par année tout au plus. Cette incursion dans la vie privée des juristes en dehors du travail n'implique pas le type de choix personnels fondamentaux que garantit l'art. 7.

*Les juges* Moldaver et Côté (dissidents en partie) : L'arbitre a erré en concluant que la directive sur la garde obligatoire constituait un exercice déraisonnable et inéquitable du droit de gestion de l'employeur et contrevenait au droit à la liberté des juristes garanti par l'art. 7 de la *Charte*.

Le raisonnement de l'arbitre a manifestement été influencé par ses conclusions erronées concernant l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il a examiné la question de savoir si la directive constitue un exercice raisonnable et équitable des pouvoirs de gestion de l'employeur à travers le prisme de ces conclusions. Par exemple, en concluant que la directive ne lui apparaît tout simplement ni raisonnable, ni équitable, l'arbitre note, entre autres, qu'il serait plutôt équitable que les juristes soient indemnisés pour les moments où l'employeur continue d'exercer un certain contrôle sur leur vie. Les conclusions de l'arbitre concernant la violation de la convention collective quant à l'exercice du pouvoir de gestion et quant à la protection des droits constitutionnels des juristes reposent donc sur la même caractérisation de l'effet de la directive sur la vie des avocats. Or, cette caractérisation semble erronée dans la mesure où elle ignore des éléments clés de l'énoncé conjoint des faits.

Puisque le grief doit être renvoyé à un autre arbitre, il n'y a pas lieu de trancher de façon définitive le caractère raisonnable et équitable de la directive. Il y a lieu de souligner toutefois que les conclusions de l'arbitre en l'espèce ne semblent se justifier ni au regard des faits, ni au regard du droit. Quant aux faits, sa conclusion voulant que l'employeur ait un certain contrôle sur le besoin organisationnel à la base de l'imposition unilatérale d'une période de garde va à l'encontre de la preuve commune soumise par les parties à l'effet qu'une demande de sursis peut survenir de façon imprévisible et doit être traitée de façon urgente. Ainsi, pour cette raison et dans la mesure où ses motifs passent sous silence des éléments factuels essentiels, la décision de l'arbitre n'appartient pas aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits.

La décision de l'arbitre ne semble pas non plus justifiée au regard du droit. L'analyse du caractère raisonnable et équitable d'une directive imposée unilatéralement repose sur une démarche axée sur la mise en balance des intérêts, et non sur la question de savoir si l'employeur a retenu le moyen le moins attentatoire de répondre à ses exigences opérationnelles. En analysant si l'employeur

and in good faith in issuing the directive, the adjudicator noted that he had not been presented with any evidence establishing that standby duty was the employer's only way of responding to emergencies on weeknights and weekends. But that is not the applicable legal test in this case. Requiring the employer to prove that there were no other alternatives to solve its problem imposes on it the far too onerous burden of proving a negative. As a result, to the extent that the adjudicator's decision is based on a test that differs from the one applicable in law and that has the effect of imposing an excessive burden on the employer, it does not fall within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the law.

### Cases Cited

By Karakatsanis J.

**Applied:** *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458; **not followed:** *United Nurses of Alberta v. Alberta Health Services*, 2014 CanLII 50285; **referred to:** *Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 SCC 8, [2016] 1 S.C.R. 29; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Maple Leaf Mills Inc. and U.F.C.W., Loc. 401, Re* (1995), 50 L.A.C. (4th) 246; *Shell Canada Ltd. v. Communications Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 835*, [2001] A.G.A.A. No. 51 (QL); *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307.

By Côté J. (dissenting in part)

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, 2004 SCC 23, [2004] 1 S.C.R. 609; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Health Services and Support — Facilities*

avait agi raisonnablement, équitablement et de bonne foi en adoptant la directive, l'arbitre a noté qu'on ne lui avait présenté aucune preuve établissant que la période de garde est le seul moyen dont dispose l'employeur pour répondre aux urgences les soirs de semaine et les fins de semaine. Or, ce n'est pas le critère juridique applicable en l'espèce. Requérir de l'employeur qu'il prouve l'absence d'autres solutions pour régler son problème lui impose le fardeau beaucoup trop onéreux de prouver un fait négatif. En conséquence, dans la mesure où la décision de l'arbitre se fonde sur un critère autre que celui applicable en droit et qui a pour effet d'imposer à l'employeur un fardeau excessif, elle ne fait pas partie des issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard du droit.

### Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

**Arrêt appliqué :** *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458; **arrêt non suivi :** *United Nurses of Alberta c. Alberta Health Services*, 2014 CanLII 50285; **arrêts mentionnés :** *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Maple Leaf Mills Inc. and U.F.C.W., Loc. 401, Re* (1995), 50 L.A.C. (4th) 246; *Shell Canada Ltd. c. Communications Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 835*, [2001] A.G.A.A. No. 51 (QL); *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307.

Citée par la juge Côté (dissidente en partie)

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, 2004 CSC 23, [2004] 1 R.C.S. 609; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Health Services*



*Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedom*, ss. 1, 7.  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6.  
*Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, ss. 7, 11.1.

### Authors Cited

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty, with the assistance of Christine E. Deacon. *Canadian Labour Arbitration*, vol. 1, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 2017 (loose-leaf updated June 2017, release 58).  
 Charney, Richard J., and Thomas E. F. Brady. *Judicial Review in Labour Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated April 2017, release 28).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Trudel, Boivin and de Montigny JJ.A.), 2016 FCA 92, [2016] 4 F.C.R. 349, 488 N.R. 198, [2016] F.C.J. No. 304 (QL), 2016 CarswellNat 824 (WL Can.), [2016] AZ-51267589, allowing an application for judicial review and setting aside a decision of an adjudicator of the Public Service Labour Relations and Employment Board, 2015 PSLREB 31, 2015 LNPSLREB 31 (QL), 2015 CarswellNat 1181 (WL Can.). Appeal allowed in part, Moldaver and Côté JJ. dissenting in part.

*Bernard Phillion, Nicolas Charron and Daniel Boudreault*, for the appellant.

*Alain Préfontaine and Catherine A. Lawrence*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

### I. Overview

[1] This is an appeal of the judicial review of a grievance adjudicator's decision concerning a federal government employer's mandatory standby duty directive. The Association of Justice Counsel (AJC)

*and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6.  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, c. F-11, art. 7, 11.1.

### Doctrine et autres documents cités

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty, with the assistance of Christine E. Deacon. *Canadian Labour Arbitration*, vol. 1, 4th ed., Toronto, Canada Law Book, 2017 (loose-leaf updated June 2017, release 58).  
 Charney, Richard J., and Thomas E. F. Brady. *Judicial Review in Labour Law*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated April 2017, release 28).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Trudel, Boivin et de Montigny), 2016 CAF 92, [2016] 4 R.C.F. 349, 488 N.R. 198, [2016] A.C.F. n° 304 (QL), 2016 CarswellNat 6508 (WL Can.), [2016] AZ-51267589, qui a accueilli une demande de contrôle judiciaire et annulé une décision d'un arbitre de grief de la Commission des relations de travail et de l'emploi dans la fonction publique, 2015 CRTEFP 31, 2015 LNCRTEFP 31 (QL), 2015 CarswellNat 1180 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie, les juges Moldaver et Côté sont dissidents en partie.

*Bernard Phillion, Nicolas Charron et Daniel Boudreault*, pour l'appelante.

*Alain Préfontaine et Catherine A. Lawrence*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

### I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi porte sur le contrôle judiciaire d'une décision arbitrale relative à une directive d'un employeur du gouvernement fédéral en matière de quarts de garde obligatoires. L'Association des

filed the grievance on behalf of lawyers working in the Immigration Law Directorate in the Quebec Regional Office of the Department of Justice Canada. The grievance was filed after the employer, Department of Justice, issued a directive making after-hour standby shifts mandatory for lawyers working in the Directorate.

[2] The labour adjudicator agreed with the AJC that the directive was not a reasonable or fair exercise of management rights and violated the constitutional rights of the lawyers. The Federal Court of Appeal set aside the decision and directed another adjudicator to find that the directive represented a fair and reasonable exercise of management rights.

[3] I would allow the appeal in part. In my view, the adjudicator's decision that the directive was not a proper exercise of management rights under the collective agreement was reasonable. However, I agree with the Federal Court of Appeal that the directive did not engage any liberty interests protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

## II. Background

### A. *The Standby System*

[4] The Attorney General of Canada is sometimes required to respond to urgent immigration matters outside of normal business hours. In response to this need, the employer established a standby shift system, whereby a government immigration lawyer in the Quebec Regional Office would be available evenings and weekends to attend on short notice to any urgent stay applications that might arise. Since the standby system's inception in the early 1990s and up until 2010, the system worked on a volunteer basis. Lawyers who volunteered to cover standby shifts were compensated with paid leave at the rate of 2.5 days of paid time off for a week's shift of evenings and weekend days, with additional compensation for holidays. They received the same amount of compensation irrespective of whether they were called into work.

juristes de justice (AJJ) a déposé un grief au nom des juristes travaillant à la Direction du droit de l'immigration du Bureau régional du Québec du ministère de la Justice Canada. Le grief a été déposé après que l'employeur, le ministère de la Justice, eut communiqué une directive imposant aux juristes de cette direction des quarts de garde après les heures normales de travail.

[2] L'arbitre de grief a convenu avec l'AJJ que la directive ne constituait pas un exercice raisonnable ou équitable des droits de la direction et qu'elle violait les droits constitutionnels des juristes. La Cour d'appel fédérale a annulé la décision et a ordonné à un autre arbitre de conclure que la directive représentait un exercice équitable et raisonnable des droits de la direction.

[3] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie. À mon sens, la décision de l'arbitre selon laquelle la directive ne constituait pas un exercice approprié des droits de la direction prévus dans la convention collective était raisonnable. Toutefois, je conviens avec la Cour d'appel fédérale que la directive ne mettait pas en jeu le droit à la liberté protégé par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

## II. Contexte

### A. *Le système de garde*

[4] Le procureur général du Canada doit parfois intervenir dans des affaires urgentes en matière d'immigration en dehors des heures normales de travail. Pour répondre à ce besoin, l'employeur a mis sur pied un système de quarts de garde suivant lequel un juriste du gouvernement spécialisé en droit de l'immigration au Bureau régional du Québec serait disponible les soirs et les fins de semaine pour traiter à court préavis toute demande de sursis urgente susceptible de se présenter. Depuis sa création au début des années 1990 et jusqu'en 2010, le système fonctionnait sur une base volontaire. Les juristes qui se portaient volontaires pour assurer les quarts de garde étaient rémunérés à raison de 2,5 jours de congé payés pour une semaine de quarts de soir et de fin de semaine, avec une indemnité additionnelle pour les jours fériés. Ils recevaient la même indemnité, qu'ils soient appelés ou non au travail.

[5] With the finalization of a collective agreement between the AJC and the employer in the fall of 2009, many of the lawyers became eligible for overtime pay, although more senior lawyers continued to only be eligible for paid leave. In March 2010, the Director of the Immigration Law Directorate in the Quebec Regional Office informed the lawyers that they would no longer be paid for time spent on standby. Instead, they would be compensated only for the time they spent working if they received an urgent request. The directive envisioned that the lawyers would be compensated for time worked through either overtime pay or paid leave, depending on their seniority status.

[6] With this change in policy, there were no longer enough volunteers to cover the standby periods. In response, management made the standby duty shifts mandatory. All qualified lawyers in the office were required to cover the evening and weekend shifts one to three weeks per year.

[7] The standby period is from 5:00 p.m. to 9:00 p.m. on weekdays and from 9:00 a.m. to 9:00 p.m. on weekends. While on standby, the lawyers need to be ready to prepare and argue possible stay applications on short notice. They must carry an employer-issued pager and cell phone and be able to reach their office within approximately an hour if called. The parties agree that the employer took any accommodation required under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, into account when establishing the standby schedule. The lawyers subject to the schedule are also able to trade shifts amongst themselves.

[8] The evidence before the adjudicator was that in 2010, the Immigration Law Directorate had to respond to approximately 120 stay applications, six of which arose during a weekend. It was unclear how many emergency stay applications required response during weekday evenings.

[5] Lorsque la convention collective entre l’AJJ et l’employeur a été mise au point de manière définitive à l’automne 2009, de nombreux juristes ont obtenu le droit au paiement des heures supplémentaires, bien que les juristes de rang plus élevé aient continué de n’avoir droit qu’à des congés payés. En mars 2010, le directeur de la Direction du droit de l’immigration du Bureau régional du Québec a informé les juristes qu’ils ne seraient plus payés pour les périodes de garde. Désormais, ils ne seraient rémunérés que pour les heures travaillées s’ils recevaient une demande urgente. La directive prévoyait que les juristes seraient rémunérés pour les heures travaillées sous forme de primes d’heures supplémentaires ou de congés payés, selon leur niveau d’ancienneté.

[6] Avec ce changement de politique, il n’y avait plus assez de volontaires pour assurer le service pendant les périodes de garde. En réponse, la direction a rendu les quarts de garde obligatoires. Tous les juristes en titre du bureau devaient effectuer des quarts de garde les soirs et les fins de semaine à raison d’une à trois semaines par année.

[7] La période de garde est de 17 h à 21 h les jours de semaine et de 9 h à 21 h les fins de semaine. Lorsqu’ils sont de garde, les juristes doivent être prêts à préparer et à plaider d’éventuelles demandes de sursis à court préavis. Ils doivent porter un téléavertisseur et un téléphone cellulaire fournis par l’employeur et être en mesure de se rendre à leur bureau dans un délai d’environ une heure si on les appelle. Les parties s’entendent pour dire que l’employeur a pris en considération toutes les mesures d’adaptation nécessaires en application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, lorsqu’il a établi le tableau de garde. Les juristes visés par celui-ci peuvent également s’échanger leurs quarts de garde.

[8] La preuve présentée à l’arbitre indiquait qu’en 2010, la Direction du droit de l’immigration avait dû répondre à environ 120 demandes de sursis, dont six présentées la fin de semaine. On ne savait pas exactement combien de demandes de sursis urgentes avaient dû être traitées les soirs de semaine.

### B. *The Collective Agreement*

[9] The collective agreement at issue is silent on standby duty. That said, there are several provisions relevant to the government's ability to impose workplace policies. Clause 5.01 specifies that the employer retains all management rights and powers that have not been modified or limited by the collective agreement:

All the functions, rights, powers and authority which the Employer has not specifically abridged, delegated or modified by this Agreement are recognized by the Association as being retained by the Employer.

[10] But these management rights are not unfettered. Under clause 5.02 of the collective agreement, the employer is required to "act reasonably, fairly and in good faith in administering this Agreement".

[11] Furthermore, clause 6.01 prohibits the government from imposing a workplace policy that would restrict the lawyers' constitutional rights, or other rights granted to them through federal legislation:

Nothing in this Agreement shall be construed as an abridgement or restriction of any lawyer's constitutional rights or of any right expressly conferred in an Act of the Parliament of Canada.

### III. Decisions Below

#### A. *The Arbitration Decision, 2015 PSLREB 31*

[12] The AJC grieved the mandatory standby directive. The adjudicator found that the directive was neither reasonable nor fair and that it was therefore contrary to clause 5.02 of the collective agreement. He noted that standby clauses are common in collective agreements governing federal public servants. In such agreements, the employees generally exchange availability outside of normal working hours for compensation. In the adjudicator's view, the lack of such a clause did not give the employer *carte blanche* to require uncompensated standby availability. The

### B. *La convention collective*

[9] La convention collective en cause est muette sur l'obligation de disponibilité. Cela dit, plusieurs de ses dispositions concernent la faculté du gouvernement d'imposer des politiques en milieu de travail. Le paragraphe 5.01 précise que l'employeur conserve tous les droits et pouvoirs de la direction qui n'ont pas été modifiés ou limités par la convention collective :

L'Association reconnaît que l'Employeur retient toutes les fonctions, les droits, les pouvoirs et l'autorité que ce dernier n'a pas, d'une façon précise, fait diminuer, déléguer ou modifier par la présente convention.

[10] Toutefois, les droits de la direction ne sont pas absolus. Suivant le par. 5.02 de la convention collective, l'employeur doit « agi[r] raisonnablement, équitablement et de bonne foi dans l'administration de la présente convention collective ».

[11] De plus, le par. 6.01 interdit au gouvernement d'imposer une politique en milieu de travail qui aurait pour effet de restreindre les droits constitutionnels des juristes ou d'autres droits que leur confère une loi fédérale :

Rien dans la présente convention ne peut être interprété comme une diminution ou une restriction des droits constitutionnels ou de tous autres droits d'un juriste qui sont accordés explicitement par une loi du Parlement du Canada.

### III. Décisions des juridictions inférieures

#### A. *La décision arbitrale, 2015 CRTEFP 31*

[12] L'AJJ a déposé un grief contestant la directive sur les quarts de garde obligatoires. L'arbitre a conclu que cette mesure n'était ni raisonnable ni équitable et qu'elle était donc contraire au par. 5.02 de la convention collective. Il a souligné que les conventions collectives régissant les fonctionnaires fédéraux renferment fréquemment des clauses de disponibilité. Dans de telles conventions, les employés acceptent généralement de se rendre disponibles en dehors des heures normales de travail moyennant rémunération. De l'avis de l'arbitre,

adjudicator recognized the legitimate need for Department of Justice lawyers to respond to emergencies outside of normal office hours, but questioned whether standby duty was essential to respond to that need, given that it was not mentioned in the employment contract or job description.

[13] Furthermore, the adjudicator found that the directive infringed the lawyers' constitutional rights. Specifically, he concluded the standby requirement implicated the liberty rights guaranteed to the lawyers under s. 7 of the *Charter*, and that the infringement did not conform to the principles of fundamental justice. Consequentially, the adjudicator concluded the directive also breached clause 6.01 of the collective agreement and he ordered the employer to immediately cease applying the directive.

B. *Judicial Review, 2016 FCA 92, [2016] 4 F.C.R. 349*

[14] Justice de Montigny of the Federal Court of Appeal (Trudel and Boivin J.J.A. concurring) allowed the government's application for judicial review. The court set aside the adjudicator's decision that the directive did not comply with clause 5.02 of the collective agreement. The court reasoned the adjudicator had placed an unreasonable burden on the employer to justify the need for the standby directive and had ignored evidence that showed there were not enough volunteers after the lawyers were informed that they would no longer be compensated for being on standby.

[15] In the Federal Court of Appeal's view, the adjudicator also erred in his analysis of s. 7 of the *Charter* and clause 6.01 of the collective agreement. The court reasoned the adjudicator had unreasonably extended the right to liberty beyond that established through this Court's jurisprudence.

l'absence d'une telle clause ne donnait pas à l'employeur carte blanche pour imposer des périodes de garde non rémunérées. L'arbitre a reconnu le besoin légitime pour le ministère de la Justice de disposer de juristes pour répondre à des urgences en dehors des heures normales de travail, mais il s'est demandé si des quarts de garde étaient essentiels pour satisfaire à ce besoin, puisqu'ils n'étaient pas mentionnés dans le contrat d'emploi ou dans la description de tâches.

[13] En outre, l'arbitre a conclu que la directive portait atteinte aux droits constitutionnels des juristes. En particulier, il a estimé que l'obligation de disponibilité mettait en cause le droit à la liberté que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux juristes et que l'atteinte n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale. En conséquence, l'arbitre a jugé que la directive contrevenait aussi au par. 6.01 de la convention collective et il a ordonné à l'employeur de cesser immédiatement de l'appliquer.

B. *Contrôle judiciaire, 2016 CAF 92, [2016] 4 R.C.F. 349*

[14] La Cour d'appel fédérale, par la voix du juge de Montigny (avec l'accord des juges Trudel et Boivin), a accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par le gouvernement. Elle a annulé la décision de l'arbitre selon laquelle la directive n'était pas conforme au par. 5.02 de la convention collective. Elle a estimé que l'arbitre avait imposé à l'employeur le fardeau déraisonnable de justifier la nécessité de la directive sur la garde et qu'il avait fait fi de la preuve démontrant qu'il n'y avait pas suffisamment de volontaires après que les juristes eurent été informés qu'ils ne seraient plus rémunérés pour les périodes de garde.

[15] De l'avis de la Cour d'appel fédérale, l'arbitre a également commis une erreur dans son analyse de l'art. 7 de la *Charte* et du par. 6.01 de la convention collective. La cour a estimé que celui-ci avait déraisonnablement accru la portée du droit à la liberté au-delà de ce qui a été établi par la jurisprudence de notre Cour.

[16] While the court returned the grievance to the Public Service Labour Relations and Employment Board, it also directed the new adjudicator to recognize that the contested directive represented a reasonable and fair exercise of residual management rights set out in clause 5.02 and that it did not infringe on the lawyers' s. 7 *Charter* rights.

#### IV. Analysis

##### A. *Does the Directive Breach Clause 5.02 of the Collective Agreement?*

###### (1) Residual Management Rights

[17] The standard of review for judicial review of grievance arbitrators' decisions is reasonableness (*Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 SCC 8, [2016] 1 S.C.R. 29, at paras. 32-33). At issue is the interpretation of a management rights clause in a collective agreement, clearly a matter on which labour arbitrators are owed deference (*Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458, at para. 7).

[18] In unionized workplaces, labour arbitrators recognize management's residual right to unilaterally impose workplace policies and rules that do not conflict with the terms of the collective agreement (D. J. M. Brown and D. M. Beatty, with the assistance of C. E. Deacon, *Canadian Labour Arbitration* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at topic 4:1520). Often, this residual power is recognized expressly in a "management rights" clause. Clause 5.01 of the collective agreement is one such clause, as it reserves for the employer the right to exercise all management powers that have not been "specifically abridged, delegated or modified" by the collective agreement.

[16] Bien qu'elle ait renvoyé le grief à la Commission des relations de travail et de l'emploi dans la fonction publique, la Cour d'appel fédérale a également ordonné au nouvel arbitre de reconnaître que la directive contestée représentait un exercice raisonnable et équitable des droits résiduels de la direction énoncés au par. 5.02 et qu'elle ne portait pas atteinte aux droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux juristes.

#### IV. Analyse

##### A. *La directive porte-t-elle atteinte au par. 5.02 de la convention collective?*

###### (1) Droits résiduels de la direction

[17] Le contrôle judiciaire des décisions rendues par les arbitres de grief est assujéti à la norme de la décision raisonnable (*Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29, par. 32-33). La question en litige en l'espèce concerne l'interprétation d'une clause de convention collective portant sur les droits de la direction, ce qui est manifestement une matière à l'égard de laquelle les arbitres en droit du travail ont droit à la déférence (*Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458, par. 7).

[18] Dans les milieux de travail syndiqués, les arbitres en droit du travail reconnaissent le droit résiduel de la direction d'imposer unilatéralement des politiques et des règles en milieu de travail qui n'entrent pas en conflit avec les dispositions de la convention collective (D. J. M. Brown et D. M. Beatty, avec le concours de C. E. Deacon, *Canadian Labour Arbitration* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, sujet 4:1520). Souvent, ce pouvoir résiduel est expressément reconnu dans une clause dite des droits de la direction. Le paragraphe 5.01 de la convention collective constitue une telle clause, puisqu'il réserve à l'employeur le droit d'exercer tous les pouvoirs de la direction que celui-ci n'a pas, « d'une façon précise, fait diminuer, déléguer ou modifier » par la convention collective.

[19] For federal government employers, many of these residual management rights are set out in legislation. Under ss. 7 and 11.1 of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, the Treasury Board is authorized to exercise a number of different powers with respect to its human resources management responsibilities. These rights include providing for the allocation and effective use of human resources (s. 11.1(1)(a)); determining and regulating the pay of employees, the hours of work and leave and any related matters (s. 11.1(1)(c)); and providing for any other matters necessary for effective human resources management (s. 11.1(1)(j)).

[20] That said, management's residual right to unilaterally impose workplace rules is not unlimited. Management rights must be exercised reasonably and consistently with the collective agreement (Brown and Beatty, at topic 4:1520; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 (Ont.); *Irving*, at para. 24).

[21] Clause 5.02 of the collective agreement also constrains management's ability to exercise these rights, as it provides that in administering the collective agreement, the employer must "act reasonably, fairly and in good faith". Any unilaterally imposed workplace policy must comply with these limitations.

[22] The question raised before the adjudicator was whether the standby directive represented a reasonable and fair exercise of management rights. The employer's good faith is not in issue.

[23] Before this Court, the respondent argued that when answering this question the adjudicator's role was to decide whether the employer's mandatory standby directive was within the range of possible, reasonable choices that have a supportable relationship with the employer's operational needs.

[24] I do not find this a helpful articulation of the arbitrator's task. The well-established approach to

[19] En ce qui concerne les employeurs du gouvernement fédéral, bon nombre de ces droits résiduels de la direction sont prévus par la loi. En vertu des art. 7 et 11.1 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, c. F-11, le Conseil du Trésor est autorisé à exercer un certain nombre de pouvoirs différents dans le cadre de ses attributions en matière de gestion des ressources humaines. Il peut notamment : assurer la répartition des effectifs et leur bonne utilisation (al. 11.1(1)a); déterminer et réglementer les traitements des employés, leurs horaires et leurs congés, ainsi que les questions connexes (al. 11.1(1)c); régir toute autre question lorsque cela est nécessaire à la bonne gestion des ressources humaines (al. 11.1(1)j)).

[20] Cela dit, le droit résiduel de la direction d'imposer unilatéralement des règles en milieu de travail n'est pas illimité. Les droits de la direction doivent être exercés raisonnablement et conformément à la convention collective (Brown et Beatty, sujet 4:1520; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 (Ont.); *Irving*, par. 24).

[21] Le paragraphe 5.02 de la convention collective limite lui aussi la faculté de la direction d'exercer ces droits, car il prévoit que l'employeur doit « agi[r] raisonnablement, équitablement et de bonne foi » dans l'administration de la convention collective. Toute politique unilatéralement imposée en milieu de travail doit respecter ces limites.

[22] La question soulevée devant l'arbitre était de savoir si la directive sur la garde représentait un exercice raisonnable et équitable des droits de la direction. La bonne foi de l'employeur n'est pas en cause.

[23] L'intimé a fait valoir devant notre Cour que, pour répondre à cette question, l'arbitre devait décider si la directive sur les quarts de garde obligatoires de l'employeur se situait dans l'éventail des solutions possibles raisonnables ayant un lien défendable avec les besoins opérationnels de l'employeur.

[24] J'estime qu'il ne s'agit pas là d'une formulation utile de la tâche de l'arbitre. La démarche bien

determining whether a policy that affects employees is a reasonable exercise of management rights is the “balancing of interests” assessment, as set out in the leading arbitral decision *KVP*, and recently endorsed by this Court in *Irving* (para. 27, quoting the intervener the Alberta Federation of Labour):

Determining reasonableness requires labour arbitrators to apply their labour relations expertise, consider all of the surrounding circumstances, and determine whether the employer’s policy strikes a reasonable balance. Assessing the reasonableness of an employer’s policy can include assessing such things as the nature of the employer’s interests, any less intrusive means available to address the employer’s concerns, and the policy’s impact on employees.

[25] Although, in this instant case, the adjudicator did not mention *Irving* or *KVP* explicitly in his decision, he applied this balancing of interests approach. He reasoned that he was required to assess, on the one hand, the lawyers’ terms of work, as defined in the collective agreement, and the effect of the directive on their personal lives and, on the other hand, the employer’s objective and approach to meeting this objective.

[26] In contrast, the respondent relies on a single arbitral decision, *United Nurses of Alberta v. Alberta Health Services*, 2014 CanLII 50285 (Alta.), at p. 12, for its proposed approach. In that decision, the labour arbitrator ruled that, as long as a management policy “is within a range of possible choices and has a supportable relationship to the business objectives, the arbitrator is not empowered to substitute his or her views for what management has in fact done” (p. 13). In the oral hearing before this Court, counsel for the respondent conceded that he was not aware of any other arbitral decisions that have followed this authority.

[27] In my view, the *United Nurses of Alberta* approach is problematic, as it imports the judicial review reasonableness inquiry into the labour arbitrator’s task of assessing the exercise of management

établie pour déterminer si une politique ayant une incidence sur les employés constitue un exercice raisonnable des droits de la direction est l’évaluation axée sur la « mise en balance des intérêts » prévue dans la décision arbitrale de principe *KVP*, que notre Cour a récemment approuvée dans l’arrêt *Irving* (au par. 27, citant l’Alberta Federation of Labour, intervenante) :

[TRADUCTION] Pour évaluer le caractère raisonnable, les arbitres en droit du travail sont appelés à mettre à profit leur expertise dans ce domaine, à tenir compte de toutes les circonstances et à décider si la politique de l’employeur établit un équilibre raisonnable. Pour ce faire, ils peuvent tenir compte notamment de la nature des intérêts de l’employeur, de l’existence de tout autre moyen attentatoire de répondre aux préoccupations de l’employeur ainsi que de l’incidence de la politique sur les employés.

[25] Bien que l’arbitre n’ait pas mentionné explicitement l’arrêt *Irving* ou la décision *KVP* dans sa décision en l’espèce, il a appliqué cette démarche axée sur la mise en balance des intérêts. Il s’estimait tenu d’apprécier, d’une part, le cadre de travail des juristes, tel que le définit la convention collective, et l’effet de la directive sur leur vie personnelle et, d’autre part, l’objectif recherché par l’employeur et le moyen choisi par celui-ci pour l’atteindre.

[26] En revanche, l’intimé invoque une seule décision arbitrale, *United Nurses of Alberta c. Alberta Health Services*, 2014 CanLII 50285 (Alb.), p. 12, au soutien de la démarche qu’il propose. Dans cette décision, l’arbitre en droit du travail a statué que, dans la mesure où la politique de gestion [TRADUCTION] « se situe dans l’éventail des solutions possibles et qu’elle a un lien défendable avec les objectifs opérationnels, il n’est pas loisible à l’arbitre de substituer son point de vue à la solution effectivement retenue par la direction » (p. 13). À l’audience tenue devant notre Cour, l’avocat de l’intimé a reconnu n’avoir connaissance d’aucune autre décision arbitrale ayant suivi ce précédent.

[27] À mon avis, la démarche proposée dans *United Nurses of Alberta* pose problème, car elle introduit l’appréciation du caractère raisonnable — qui relève du contrôle judiciaire — dans la tâche



rights. This conflates the distinct roles that arbitrators and reviewing courts play in the context of labour grievances. It also runs counter to this Court's recent endorsement in *Irving* of the *KVP* test. Furthermore, the arbitrator's statements in *United Nurses of Alberta* appear to have been directed solely at determining whether an exercise of management rights was reasonable. Here, the language of clause 5.02 of the collective agreement also required the adjudicator to decide whether the directive was a fair exercise of management rights that had been made in good faith.

[28] Thus, I am satisfied that in following the well-established balancing of interests approach, the adjudicator applied the appropriate analytical framework to assess the exercise of management rights under this collective agreement.

## (2) Application

[29] The Federal Court of Appeal concluded the adjudicator's decision was unreasonable because it found a number of the adjudicator's justifications to be untenable. The respondent echoes this reasoning. It argues the requirements of the directive — carrying a pager and staying within an hour of the office while on standby — were minimally invasive and rationally connected to the employer's responsibilities. Therefore, in its view, the adjudicator ought to have concluded that the directive was reasonable.

[30] The appellant submits the Federal Court of Appeal erred by substituting its own view on what qualified as a reasonable exercise of management rights for the adjudicator's view. It argues the adjudicator's conclusion was a reasonable outcome, defensible on the facts and law, and his reasons were justifiable, transparent, and intelligible.

incombant à l'arbitre en droit du travail d'évaluer l'exercice des droits de la direction. Cette démarche confond les rôles distincts que les arbitres et les tribunaux de révision jouent dans le contexte des griefs en droit du travail. Elle va également à l'encontre de l'approbation récente par notre Cour, dans l'arrêt *Irving*, du critère énoncé dans *KVP*. En outre, les déclarations de l'arbitre dans l'affaire *United Nurses of Alberta* semblent viser uniquement à trancher la question de savoir si un certain exercice des droits de la direction était raisonnable. En l'espèce, le texte du par. 5.02 de la convention collective obligeait aussi l'arbitre à décider si la directive constituait un exercice équitable et de bonne foi des droits de la direction.

[28] En conséquence, je suis convaincue qu'en suivant la démarche bien établie axée sur la mise en balance des intérêts, l'arbitre a appliqué le cadre d'analyse approprié pour évaluer l'exercice des droits de la direction au regard de la convention collective en l'espèce.

## (2) Application

[29] La Cour d'appel fédérale a conclu que la décision de l'arbitre était déraisonnable, estimant qu'un certain nombre de justifications données par celui-ci étaient intenable. L'intimé reprend ce raisonnement. Il soutient que les exigences de la directive — porter un téléavertisseur et rester à une distance d'au plus une heure du bureau pendant la période de garde — entraînaient une atteinte minimale et avaient un lien rationnel avec les responsabilités de l'employeur. En conséquence, à son avis, l'arbitre aurait dû conclure que la directive était raisonnable.

[30] L'appelante soutient que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en substituant sa propre appréciation à celle de l'arbitre sur ce qui constituait un exercice raisonnable des droits de la direction. Elle fait valoir que la conclusion de l'arbitre était une issue raisonnable pouvant se justifier au regard des faits et du droit, et que ses motifs étaient justifiables, transparents et intelligibles.

[31] For the reasons that follow, I agree with the appellant that the adjudicator's decision on the interpretation of clause 5.02 of the collective agreement was reasonable. Reading the adjudicator's decision with the degree of deference required on judicial review, I conclude that his assessment of the different interests at stake and ultimate balancing of them was reasonable.

(a) *The Outcome Was Reasonable*

[32] The adjudicator's task was to draw on his specialized labour expertise and consider whether, in this particular context, the balance struck by the directive was reasonable (*Irving*, at para. 27). Clause 5.02 also required him to decide whether the exercise of the management rights was fair. The adjudicator concluded it was neither.

[33] The adjudicator's conclusion on this issue falls within the range of acceptable, possible outcomes (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 47). It is supported by a number of factors, which he appropriately relied on.

[34] First, the adjudicator properly considered the surrounding context of the collective agreement. He noted that availability clauses are generally negotiated in collective agreements involving federal public servants, with employee availability traded for some form of compensation. Furthermore, as the adjudicator noted, the job descriptions and employment contracts provided by the parties did not mention standby obligations. In this context, it was not unreasonable for the adjudicator to question whether mandatory standby duty was essential.

[35] Second, the adjudicator noted the distinction between policies that affect employees during normal working hours and those that unilaterally extend the time during which employees are under the employer's control. While the agreement recognized that the lawyers might need to work overtime (and be compensated for it), the directive affected

[31] Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord avec l'appelante pour dire que la décision de l'arbitre sur l'interprétation du par. 5.02 de la convention collective était raisonnable. Lisant la décision de l'arbitre avec le degré de déférence qui s'impose lors du contrôle judiciaire, je conclus que son appréciation des divers intérêts en jeu et sa mise en balance finale de ceux-ci étaient raisonnables.

a) *L'issue était raisonnable*

[32] L'arbitre devait s'appuyer sur son expertise en matière de relations de travail et se demander si, dans ce contexte particulier, l'équilibre établi par la directive était raisonnable (*Irving*, par. 27). En outre, le par. 5.02 l'obligeait à trancher la question de savoir si l'exercice des droits de la direction était équitable. Dans les deux cas, l'arbitre a conclu par la négative.

[33] La conclusion de l'arbitre à cet égard appartient aux issues possibles acceptables (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 47). Elle est étayée par un certain nombre de facteurs, sur lesquels l'arbitre s'est fondé à bon droit.

[34] Premièrement, l'arbitre a dûment tenu compte du contexte dans lequel s'inscrivait la convention collective. Il a souligné que des clauses de disponibilité sont généralement négociées dans les conventions collectives intéressant les fonctionnaires fédéraux, où les employés acceptent de se rendre disponibles en échange d'une certaine forme de rémunération. De plus, comme l'a noté l'arbitre, les descriptions de tâches et les contrats d'emploi fournis par les parties ne mentionnaient pas d'obligations de disponibilité. Dans ce contexte, il n'était pas déraisonnable que l'arbitre se demande si des quarts de garde obligatoires étaient essentiels.

[35] Deuxièmement, l'arbitre a souligné la distinction entre les politiques qui ont une incidence sur les employés pendant les heures normales de travail et celles qui prolongent unilatéralement la période pendant laquelle les employés sont sous le contrôle de l'employeur. Même si la convention reconnaissait que les juristes allaient peut-être devoir

how the lawyers lived their lives outside of work in a way that was not contemplated in either the collective agreement or in their contracts of employment. The adjudicator found this unfair, stating that “[i]nstead, it would be fair for [the lawyers] to be compensated for the time during which the employer continues to exercise a certain control over their lives” (para. 45 (CanLII)).

[36] The adjudicator’s conclusion that the directive was an unfair exercise of management rights is supported by the circumstances surrounding the policy change. The lawyers had set out the *quid pro quo* nature of their relationship with their employer in the collective agreement. Under its terms, the lawyers agreed to exchange hours worked for specific compensation. The agreement recognized that the lawyers might need to work overtime to ensure their professional obligations and the Attorney General’s responsibilities were met. Yet soon after the relevant terms were finalized, the employer unilaterally increased the time the lawyers were mandated to be under their employer’s control without providing any additional compensation. While standby duty may not be taxing or onerous work, it is a period of time during which the employer exercises a degree of control over the movements and activities of the lawyers. This exercise of control benefits the employer, who might otherwise have to employ lawyers to work evening and weekend shifts to ensure a timely response to urgent applications.

[37] Further, this determination is highly fact-based. As the Federal Court of Appeal recognized, there is no clear arbitral consensus on whether the imposition of mandatory uncompensated standby duty is a fair and reasonable unilateral exercise of management rights. Rather, the decisions presented by the parties indicate that the answer depends on the context, including the terms of the relevant collective agreement. For example, in *United Nurses of Alberta*, the arbitrator found there was “no question”

faire des heures supplémentaires (pour lesquelles ils seraient rémunérés), la directive avait une incidence sur la manière dont ceux-ci vivaient leur vie en dehors du travail d’une façon qui n’était prévue ni dans la convention collective ni dans leur contrat d’emploi. L’arbitre a conclu que cela était inéquitable, affirmant qu’« [i]l serait plutôt équitable qu’ils [les juristes] soient indemnisés pour les moments où l’employeur continue d’exercer un certain contrôle sur leur vie » (par. 45 (CanLII)).

[36] La conclusion de l’arbitre selon laquelle la directive constituait un exercice inéquitable des droits de la direction est étayée par les circonstances entourant le changement de politique. Les juristes avaient énoncé la nature donnant-donnant de leur relation avec leur employeur dans la convention collective. Cette dernière prévoyait que les juristes consentaient à travailler un certain nombre d’heures moyennant une rémunération déterminée. Elle reconnaissait que ceux-ci allaient peut-être devoir faire des heures supplémentaires pour honorer leurs obligations professionnelles et faire en sorte que le procureur général s’acquitte de ses responsabilités. Pourtant, peu de temps après que les dispositions pertinentes eurent été finalisées, l’employeur a unilatéralement accru la période pendant laquelle les juristes devaient demeurer sous son contrôle, et ce, sans rémunération additionnelle. Bien que l’obligation de disponibilité ne soit pas un travail exigeant ou pénible, il s’agit d’une période pendant laquelle l’employeur exerce un certain degré de contrôle sur les mouvements et les activités des juristes. Cet exercice du contrôle profite à l’employeur, qui, autrement, aurait peut-être à engager des juristes pour travailler des quarts de soir et de fin de semaine afin de pouvoir répondre en temps opportun aux demandes urgentes.

[37] De plus, cette conclusion est largement tributaire des faits. Comme l’a reconnu la Cour d’appel fédérale, aucun consensus clair ne se dégage de la jurisprudence arbitrale sur la question de savoir si l’imposition d’une obligation de disponibilité non rémunérée constitue un exercice unilatéral équitable et raisonnable des droits de la direction. Les décisions produites par les parties indiquent plutôt que la réponse à cette question dépend du contexte, et notamment des dispositions de la convention

that time spent on on-call duty was “work”, even if it did not qualify as overtime work within the meaning of the relevant collective agreement (p. 15). In *Maple Leaf Mills Inc. and U.F.C.W., Loc. 401, Re* (1995), 50 L.A.C. (4th) 246 (Alta.), at p. 254, the arbitrator concluded that uncompensated time spent on standby was not “time worked” within the meaning of the relevant collective bargaining agreement. In another arbitral decision, an arbitrator found that a management-imposed directive requiring employees to fill standby shifts and be within an hour of their workplace was a reasonable exercise of management rights, but in that case the collective agreement included an on-call provision (*Shell Canada Ltd. v. Communications Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 835*, [2001] A.G.A.A. No. 51 (QL)). What these decisions indicate is that the question of whether the unilateral imposition of a standby period is reasonable and fair will depend on the circumstances and the terms of the particular collective agreement.

[38] In sum, the surrounding circumstances of the directive supported the adjudicator’s conclusion that the directive was neither reasonable nor fair. There was no standby clause in the recently finalized collective agreement, no mention of the requirement in the lawyers’ employment contracts or job descriptions, nor were similar policies the norm in the sector. I agree with the adjudicator that the fact that the directive affects the lawyers’ lives outside of working hours is a significant factor in the assessment of the directive’s impact on employees. And as the adjudicator noted, there is some apparent unfairness in a policy or directive that unilaterally withdraws compensation for standby duty, when the provision of such compensation had been a long-standing practice. In my view, the adjudicator’s conclusion that the standby directive did not conform with clause 5.02 of the collective agreement fell within the range of reasonable outcomes.

collective pertinente. Par exemple, dans *United Nurses of Alberta*, l’arbitre a conclu qu’il ne faisait [TRADUCTION] « aucun doute » que les périodes de garde étaient du « travail », même s’il ne s’agissait pas d’heures supplémentaires au sens de la convention collective pertinente (p. 15). Dans *Maple Leaf Mills Inc. and U.F.C.W., Loc. 401, Re* (1995), 50 L.A.C. (4th) 246 (Alb.), p. 254, l’arbitre a conclu que les périodes de garde non rémunérées ne constituaient pas du [TRADUCTION] « temps de travail » au sens de la convention collective pertinente. Dans une autre décision arbitrale, un arbitre a conclu qu’une directive imposée par la direction qui obligeait les employés à faire des quarts de garde et à se trouver à une heure de leur lieu de travail constituait un exercice raisonnable des droits de la direction, mais, dans cette affaire, la convention collective renfermait une disposition sur la disponibilité (*Shell Canada Ltd. c. Communications Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 835*, [2001] A.G.A.A. No. 51 (QL)). Il ressort de ces décisions que la question de savoir si l’imposition unilatérale d’une période de garde est raisonnable et équitable dépendra des circonstances et des dispositions de la convention collective en cause.

[38] En somme, les circonstances entourant la directive appuyaient la conclusion de l’arbitre suivant laquelle cette mesure n’était ni raisonnable ni équitable. La convention collective récemment finalisée ne renfermait aucune clause de disponibilité, l’obligation n’avait pas été mentionnée dans les contrats d’emploi ou dans les descriptions de tâches des juristes, et de telles politiques n’étaient pas la norme dans le secteur. Je conviens avec l’arbitre que le fait que la directive ait un effet sur la vie des juristes en dehors des heures de travail constitue un facteur important dans l’appréciation de son incidence sur les employés. De plus, comme l’a souligné celui-ci, une politique ou une directive qui supprime unilatéralement la rémunération accordée en contrepartie d’une obligation de disponibilité crée une iniquité apparente lorsqu’une telle rémunération constituait une pratique de longue date. À mon avis, la conclusion de l’arbitre selon laquelle la directive sur la garde n’était pas conforme au par. 5.02 de la convention collective appartenait aux issues raisonnables.

(b) *The Adjudicator's Reasons*

[39] That said, the respondent's challenge to the reasonableness of the decision focuses on a number of statements the adjudicator made in his reasons. In particular, the respondent argued that the adjudicator mischaracterized the nature of the Attorney General's relationship with other government departments: the adjudicator's use of language describing the "offer[ing] or sell[ing]" of professional services indicated a lack of appreciation for the context and the special role the Attorney General and government lawyers play in the administration of justice. The respondent also argues that the adjudicator unreasonably placed the burden on the employer to justify that there were no other alternatives to the imposition of the directive. Finally, the respondent argues the adjudicator misunderstood and overstated the impact of the directive on the lawyers.

[40] Many of these concerns fall away on an appropriately deferential reading of the adjudicator's reasons. Reviewing courts must consider an arbitrator's reasons in light of the outcome as part of an organic exercise (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 14). Considering this standard, the adjudicator's conclusion in the case at hand was in the range of defensible outcomes and his reasons in support met the necessary indicia of justification, intelligibility, and transparency (*Dunsmuir*, at para. 47).

[41] The respondent takes particular issue with para. 47 of the adjudicator's reasons, where the adjudicator questioned whether the employer's need to impose standby duty was unavoidable, and stated that the need was "triggered instead by the employer's choice to provide and sell its employees' professional services outside their normal work hours". Similarly, the Federal Court of Appeal characterized the adjudicator's decision as failing to appreciate that immigration stay applications require the Attorney General to respond immediately, as the parties had agreed in the agreed statement of facts.

b) *Les motifs de l'arbitre*

[39] Cela dit, la contestation par l'intimé du caractère raisonnable de la décision de l'arbitre porte sur un certain nombre de déclarations qu'il a faites dans ses motifs. En particulier, l'intimé fait valoir que l'arbitre a mal qualifié la nature de la relation du procureur général avec d'autres ministères gouvernementaux : le fait que l'arbitre ait parlé « d'offrir et de vendre » des services professionnels montre que celui-ci a mal compris le contexte et le rôle particulier que jouent le procureur général et les juristes du gouvernement dans l'administration de la justice. L'intimé soutient en outre que l'arbitre a déraisonnablement imposé à l'employeur le fardeau de justifier qu'il n'y avait aucune autre solution que l'imposition de la directive. Enfin, l'intimé prétend que l'arbitre a mal compris et exagéré l'incidence de la directive sur les juristes.

[40] Bon nombre de ces préoccupations se dissipent lorsqu'on lit les motifs de l'arbitre avec la déférence qui s'impose. Les tribunaux siégeant en révision doivent examiner les motifs de l'arbitre à la lumière du résultat dans le cadre d'un exercice global (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 14). Eu égard à cette norme, la conclusion de l'arbitre en l'espèce appartenait aux issues pouvant se justifier et les motifs qu'il a donnés à l'appui de celle-ci présentaient les indices requis de justification, d'intelligibilité et de transparence (*Dunsmuir*, par. 47).

[41] L'intimé conteste plus particulièrement le par. 47 des motifs de l'arbitre, où ce dernier s'est demandé si l'employeur avait forcément besoin d'imposer l'obligation de disponibilité et où il a affirmé que le besoin avait « plutôt [été] déclenché par le choix de l'employeur d'offrir et de vendre les services professionnels de ses employés en dehors de leurs heures normales de travail ». De même, la Cour d'appel fédérale a souligné que l'arbitre, dans sa décision, n'avait pas tenu compte du fait que les demandes de sursis en matière d'immigration obligeaient le procureur général à intervenir immédiatement, comme les parties en avaient convenu dans l'exposé conjoint des faits.

[42] While the adjudicator's reasons on this point could have been clearer, I do not accept that he misunderstood the nature of the government's need or objective. In the same paragraph, the adjudicator expressly recognized that "the organizational need is triggered by an emergency over which the employer has no control" (para. 47). Yet, the adjudicator also recognized that the employer had a degree of control over how it responded to this reality. It chose to address this organizational need through mandatory, unpaid standby duty, as opposed to other possible approaches (such as a flexible work scheduling approach or compensation for standby). Viewed in its entirety, the passage does not indicate that the adjudicator failed to appreciate the Attorney General's important role as Chief Law Officer of the Crown.

[43] Another aspect of the decision the respondent criticizes is the adjudicator's statement at para. 49 of his reasons that he was not presented with any proof that the standby directive was the only way for the employer to deal with after-hour emergencies. In the Federal Court of Appeal's view, the adjudicator's reasoning on this issue indicated that he placed an excessive burden on the government to justify the reasonableness of the directive.

[44] While I agree that an employer does not need to prove there were no other alternatives, the availability of realistic, but less intrusive, means to meet organizational needs may be a relevant consideration in the balancing of interests assessment, alongside the nature of the employer's interests and the policy's impact on employees (*Irving*, at para. 27). Evidence that no such alternatives were available would have supported the respondent's position that the directive was a necessary response. The adjudicator was therefore entitled to note the lack of such evidence. By doing so, he was not placing an unreasonable burden on the employer to justify the directive, but rather was noting the absence of a factor that would have weighed in the employer's favour had it been present.

[42] Bien que les motifs de l'arbitre sur ce point aient pu être plus clairs, je ne peux admettre qu'il a mal compris la nature du besoin ou de l'objectif du gouvernement. Au même paragraphe, l'arbitre a expressément reconnu que « le besoin organisationnel est déclenché par une urgence sur laquelle l'employeur n'a aucun contrôle » (par. 47). Pourtant, l'arbitre a également reconnu que l'employeur avait un certain degré de contrôle quant à la manière de composer avec cette réalité. L'employeur a décidé de répondre à ce besoin organisationnel en recourant à une obligation de disponibilité, non rémunérée, plutôt qu'à d'autres solutions possibles (par exemple des horaires variables de travail ou une rémunération pour les périodes de garde). Considéré dans son ensemble, ce passage ne permet pas de dire que l'arbitre a mal compris le rôle important du procureur général en sa qualité de premier conseiller juridique de l'État.

[43] Un autre aspect de la décision de l'arbitre que critique l'intimé est la déclaration qu'il a faite au par. 49 de ses motifs selon laquelle on ne lui avait présenté aucune preuve établissant que la directive sur la garde était le seul moyen dont disposait l'employeur pour s'occuper des urgences en dehors des heures normales de travail. De l'avis de la Cour d'appel fédérale, le raisonnement de l'arbitre sur cette question indiquait qu'il avait imposé au gouvernement le fardeau excessif de justifier le caractère raisonnable de la directive.

[44] Bien que je reconnaisse qu'un employeur n'est pas tenu de prouver qu'il n'y avait pas d'autres solutions, l'existence de moyens réalistes, mais moins attentatoires, pour répondre aux besoins organisationnels peut constituer une considération pertinente dans l'appréciation axée sur la mise en balance des intérêts, conjointement avec la nature des intérêts de l'employeur et l'incidence de la politique sur les employés (*Irving*, par. 27). Une preuve établissant qu'il n'y avait pas d'autres solutions aurait appuyé la thèse de l'intimé selon laquelle la directive était une réponse nécessaire. Il était donc loisible à l'arbitre de noter l'absence d'une telle preuve. Ce faisant, il n'imposait pas à l'employeur le fardeau excessif de justifier la directive, mais il relevait plutôt l'absence d'un facteur qui aurait joué en faveur de l'employeur s'il avait été présent.

[45] Finally, the respondent argues the adjudicator misconstrued the impact of the directive on the lawyers. From his analysis on whether the directive breached the right to liberty of the lawyers under s. 7 of the *Charter*, it is clear that the adjudicator viewed its effects on the after-work lives of the lawyers as significant. And as I explain below, I agree with the respondent that the adjudicator erred in his legal characterization of the impact of the directive on the lawyers in his s. 7 *Charter* analysis. But in my view, even accepting that the adjudicator also placed too much weight on the directive's impact in his assessment of its reasonableness under the balancing of interests analysis, court intervention on this point is unwarranted. There is no indication that the adjudicator misunderstood the factual impact of the directive on the lawyers, which was set out by the parties in the agreed statement of facts. Further, the adjudicator's conclusion that the directive was neither reasonable nor fair did not turn on his understanding of these effects. Rather, the focus of his reasons was on the surrounding context and general nature of the directive. In particular, the adjudicator emphasized the lack of a standby clause in the collective agreement or employment contracts, the exceptional nature of the directive in the sector and the fact that it changed a long-standing practice of providing compensation for standby time. These considerations alone were sufficient to support his conclusion.

[46] In my view, it is clear the adjudicator would have come to the same decision on clause 5.02 even if he had not erred in his analysis on the directive's compliance with s. 7 of the *Charter*. The two analytical frameworks did not intersect; nor did he transpose any conclusion or finding from one to the other. His stand-alone conclusion that the directive was neither reasonable nor fair was within the range of reasonable outcomes and I agree with the appellant that it should not be disturbed.

[45] Enfin, l'intimé soutient que l'arbitre a mal interprété l'incidence de la directive sur les juristes. De son analyse de la question de savoir si la directive violait le droit à la liberté que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux juristes, il ressort clairement que l'arbitre a considéré que son incidence sur la vie des juristes en dehors du travail était importante. Comme je l'explique plus loin, je suis d'accord avec l'intimé pour dire que l'arbitre a commis une erreur dans sa qualification juridique de l'incidence de la directive sur les juristes dans son analyse fondée sur l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, à mon avis, à supposer même que l'arbitre ait également accordé trop de poids à l'incidence de la directive dans son appréciation du caractère raisonnable de celle-ci suivant l'analyse axée sur la mise en balance des intérêts, l'intervention judiciaire sur ce point n'est pas justifiée. Rien n'indique que l'arbitre a mal compris les effets observables de la directive sur les juristes, dont font état les parties dans l'exposé conjoint des faits. En outre, la conclusion de l'arbitre suivant laquelle la directive n'était ni raisonnable ni équitable ne reposait pas sur sa compréhension de ces effets. Ses motifs portaient plutôt principalement sur le contexte et la nature générale de la directive. En particulier, l'arbitre a mis en évidence l'absence de clause de disponibilité dans la convention collective ou dans les contrats d'emploi, la nature exceptionnelle de la directive dans le secteur et le fait que celle-ci avait modifié une pratique de longue date consistant à rémunérer les juristes pour les périodes de garde. Ces considérations à elles seules étaient suffisantes pour appuyer sa conclusion.

[46] À mon avis, il est clair que l'arbitre en serait venu à la même décision en ce qui concerne le par. 5.02 même s'il n'avait pas commis d'erreur dans son analyse de la conformité de la directive à l'art. 7 de la *Charte*. Les deux cadres d'analyse ne se recoupaient pas; il n'a pas non plus transposé quelque conclusion que ce soit d'un cadre à l'autre. Sa conclusion indépendante selon laquelle la directive n'était ni raisonnable ni équitable appartenait aux issues raisonnables, et je suis d'accord avec l'appelante pour dire qu'il n'y a pas lieu de la modifier.

(c) *The Overall Balance*

[47] I add that I also agree with the appellant that the Federal Court of Appeal erred by substituting its own balancing of the interests involved for that of the adjudicator. The court set aside the adjudicator's decision and directed the next adjudicator to conclude the directive was a fair and reasonable exercise of the employer's residual management rights (para. 49). But a court's jurisdiction to substitute its own conclusion on the outcome of a grievance is limited (R. J. Charney and T. E. F. Brady, *Judicial Review in Labour Law* (loose-leaf), at para. 17.40). In construing the proper interpretation of clauses in collective agreements, arbitrators do not make assessments in a vacuum. Rather, they take into consideration the surrounding context and history of labour relations in the industry (Brown and Beatty, at topic 4:2300). This is particularly true with respect to issues relating to management rights (*ibid.*, at topic 4:2310). The expertise labour arbitrators bring to this analysis is a further reason why their role should be respected. This was not an instance where there was clearly only one reasonable result, justifying a court disposition to this effect (Charney and Brady, at para. 17.61).

B. *Section 7 of the Charter*

[48] The appellant also submits the directive violates the lawyers' s. 7 *Charter* right to liberty in a way that does not comply with the principles of fundamental justice. The appellant argues that the directive limits the choices the lawyers are able to make about how to lead their private lives, and therefore engages their liberty interests. In consequence, it argues the directive also breached clause 6.01 of the collective agreement, which prohibited interpretations of the agreement that would restrict the constitutional rights of the lawyers. The adjudicator agreed with these submissions. Of course, it was unnecessary for him to decide this issue given his conclusion that the directive was not a reasonable or fair exercise of the employer's management rights.

c) *La mise en balance générale*

[47] J'ajoute que je conviens aussi avec l'appelante que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en substituant sa propre mise en balance des intérêts en cause à celle de l'arbitre. Cette cour a annulé la décision de l'arbitre et a ordonné au prochain arbitre de conclure que la directive constituait un exercice équitable et raisonnable des droits résiduels de direction de l'employeur (par. 49). Toutefois, le pouvoir d'un tribunal de substituer sa propre conclusion sur l'issue d'un grief est limité (R. J. Charney et T. E. F. Brady, *Judicial Review in Labour Law* (feuilles mobiles), par. 17.40). En statuant sur l'interprétation appropriée à donner à des clauses de conventions collectives, les arbitres ne font pas d'appréciations dans l'abstrait. Ils tiennent compte plutôt du contexte et de l'historique des relations du travail dans le secteur (Brown et Beatty, sujet 4:2300). C'est notamment le cas en ce qui concerne les questions relatives aux droits de la direction (*ibid.*, sujet 4:2310). L'expertise que mettent à profit les arbitres en droit du travail dans cette analyse est une autre raison pour laquelle leur rôle devrait être respecté. Il ne s'agissait pas en l'espèce d'une situation où il n'y avait manifestement qu'un seul résultat raisonnable, justifiant une décision judiciaire en ce sens (Charney et Brady, par. 17.61).

B. *L'article 7 de la Charte*

[48] L'appelante fait aussi valoir que la directive porte atteinte, d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale, au droit à la liberté que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux juristes. Elle soutient que celle-ci limite les choix que les juristes peuvent faire quant à la manière dont ils mènent leur vie privée et met donc en jeu leur droit à la liberté. Elle prétend donc que la directive contrevenait aussi au par. 6.01 de la convention collective, qui interdisait les interprétations de la convention qui auraient pour effet de restreindre les droits constitutionnels des juristes. L'arbitre a retenu ces arguments. Il n'avait évidemment pas à se prononcer sur cette question étant donné sa conclusion selon laquelle la directive ne constituait pas un exercice raisonnable ou équitable des droits de direction de l'employeur.



[49] The extent to which s. 7 of the *Charter* applies outside the context of the administration of justice has yet to be settled in this Court; see e.g. *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, at paras. 77-79; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, at paras. 196-99. But even assuming s. 7 applies to the relationship at issue here, I would agree with the Federal Court of Appeal that the adjudicator clearly overstated the breadth of the right to liberty protected under s. 7. Section 7 protects a sphere of personal autonomy involving “inherently private choices” (*R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 85, quoting *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 66). However, such choices are only protected if “they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence” (*ibid.*).

[50] The directive’s incursion into the private, after-work lives of the lawyers does not implicate the type of fundamental personal choices that are protected within the scope of s. 7. *Malmo-Levine* and *Godbout* are clear that not all activities that an individual happens to define as central to his or her lifestyle are protected by s. 7. As examples, *Malmo-Levine* noted that a taste for fatty foods, an obsessive interest in golf and a gambling addiction are not afforded constitutional protection (para. 86). By analogy, the ability of the lawyers — for two to three weeks per year — to attend operas or piano lessons, or to train for a triathlon without having to keep a pager nearby are not protected by s. 7.

[51] The directive also affects the ability of the lawyers to spend time with their children and families. While on standby, some of the lawyers are unable to visit family or provide the level of attention to their children that they would like to because they must stay within an hour of the office. But again, these consequences do not affect the lawyers’ ability to make fundamental personal choices (*Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*,

[49] La Cour n’a pas encore établi dans quelle mesure l’art. 7 de la *Charte* s’applique en dehors du contexte de l’administration de la justice; voir, p. ex., *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 77-79; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 196-199. Mais, même en supposant que l’art. 7 s’applique à la relation en cause en l’espèce, je conviens avec la Cour d’appel fédérale que l’arbitre a, de toute évidence, surestimé la portée du droit à la liberté protégé par l’art. 7. Cette disposition protège une sphère d’autonomie personnelle où se prennent des « décisions intrinsèquement privées » (*R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 85, citant *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 66). Toutefois, ces décisions ne sont protégées que si elles « impliquent [. . .] des choix fondamentaux participant de l’essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l’indépendance individuelles » (*ibid.*).

[50] L’incursion de la directive dans la vie privée des juristes en dehors du travail n’implique pas le type de choix personnels fondamentaux que garantit l’art. 7. Il ressort clairement des arrêts *Malmo-Levine* et *Godbout* que l’art. 7 ne protège pas toutes les activités qu’une personne définit comme essentielles à son mode de vie. À titre d’exemples, l’arrêt *Malmo-Levine* mentionne qu’un goût pour les aliments gras, une obsession pour le golf et le fait de s’adonner compulsivement aux jeux de hasard ne font pas l’objet d’une protection constitutionnelle (par. 86). Par analogie, la faculté des juristes — deux à trois semaines par année — d’assister à des opéras ou à des cours de piano, ou de s’entraîner pour un triathlon, sans avoir à garder un téléavertisseur près d’eux, n’est pas protégée par l’art. 7.

[51] La directive a également une incidence sur la capacité des juristes de passer du temps avec leurs enfants et leur famille. Lorsqu’ils sont de garde, certains juristes sont incapables de rendre visite à leur famille ou de prodiguer à leurs enfants le niveau d’attention qu’ils souhaiteraient pouvoir leur offrir, parce qu’ils ne doivent pas s’éloigner à plus d’une heure du bureau. Mais, encore une fois, ces conséquences n’ont pas d’effet sur la capacité des

2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at para. 49; *Malmö-Levine*, at para. 85). Instead, the directive requires them, as a condition of their employment, to be potentially less available to their families for, at most, two to three weeks a year. This does not fall within the scope of s. 7.

[52] Thus, the directive clearly does not engage the lawyers' liberty interests under s. 7 and so does not engage their constitutional rights.

#### V. Conclusion

[53] I would allow the appeal in part, with costs to the appellant. Because it is clear that the lawyers' s. 7 *Charter* rights were not implicated by the directive, I would not disturb the Federal Court of Appeal's conclusion on this issue. However, the adjudicator's declaration that the directive did not comply with clause 5.02 of the collective agreement was reasonable. I would therefore restore his disposition that the mandatory standby duty directive contravened clause 5.02 of the relevant collective agreement and reinstate his order that the employer stop applying the directive.

English version of the reasons of Moldaver and Côté JJ. delivered by

[54] CÔTÉ J. (dissenting in part) — I agree with the conclusion of my colleague Karakatsanis J. that the mandatory standby duty directive of the Immigration Law Directorate of the Department of Justice's Quebec Regional Office, which requires counsel — an average of one to three times a year — to be available evenings and weekends on a rotational basis without compensation, does not infringe counsel's right to liberty guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and incorporated into their collective agreement by means of clause 6.01.

juristes de faire des choix personnels fondamentaux (*Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 49; *Malmö-Levine*, par. 85). La directive les oblige plutôt, comme condition d'emploi, à être potentiellement moins disponibles pour leurs familles, et ce, deux à trois semaines par année tout au plus. Cela n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 7.

[52] En conséquence, il est manifeste que la directive ne met pas en jeu le droit à la liberté que l'art. 7 garantit aux juristes et, partant, qu'elle ne met pas en jeu leurs droits constitutionnels.

#### V. Conclusion

[53] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie avec dépens en faveur de l'appelante. Comme il est clair que la directive ne mettait pas en cause les droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux juristes, je ne modifierais pas la conclusion de la Cour d'appel fédérale sur cette question. Toutefois, la déclaration de l'arbitre selon laquelle la directive n'était pas conforme au par. 5.02 de la convention collective était raisonnable. Je rétablirais donc sa décision selon laquelle la directive sur les quarts de garde obligatoires contrevient au par. 5.02 de la convention collective applicable, et son ordonnance enjoignant à l'employeur de cesser d'appliquer la directive.

Les motifs des juges Moldaver et Côté ont été rendus par

[54] LA JUGE CÔTÉ (dissidente en partie) — Je suis d'accord avec la conclusion de ma collègue la juge Karakatsanis selon laquelle la directive sur la garde obligatoire de la Direction du droit de l'immigration du Bureau régional du Québec du ministère de la Justice imposant aux juristes l'obligation — en moyenne une à trois fois par année — d'être disponibles à tour de rôle les soirs et les fins de semaine sans indemnisation ne contrevient pas au droit à la liberté des juristes, garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et incorporé à leur convention collective par le biais du par. 6.01.

[55] However, I disagree with her view that the adjudicator was right to conclude that the directive resulted from an unreasonable and unfair exercise of the employer’s management power. (I) First, I am of the view that the adjudicator’s flawed analysis on the issue of infringement of the right to liberty protected by s. 7 of the *Charter* taints the whole of his reasons. (II) Second, a closer review of his reasoning reveals that his conclusions are not defensible in respect of either the facts or the law.

I. The Adjudicator’s Flawed Analysis of the Right to Liberty Taints the Rest of His Analysis

[56] My colleague states: “. . . it is clear the adjudicator would have come to the same decision on clause 5.02 even if he had not erred in his analysis on the directive’s compliance with s. 7 of the *Charter*” (para. 46).

[57] Her position seems contradictory to me. In reviewing the adjudicator’s decision on the reasonableness and fairness of the directive, my colleague states that she agrees “with the adjudicator that the fact that the directive affects the lawyers’ lives outside of working hours is a significant factor” (para. 38 (emphasis added)). But then, in reviewing the adjudicator’s decision on the infringement of s. 7 of the *Charter*, she expresses the view that “[t]he directive’s incursion into the private, after-work lives of the lawyers does not implicate the type of fundamental personal choices that are protected within the scope of s. 7” (para. 50).

[58] I cannot subscribe to my colleague’s reasoning.

[59] In my view, the adjudicator’s error vitiates his entire decision, because it taints the rest of his analysis. I find that the adjudicator’s reasoning was clearly influenced by his conclusions with respect to s. 7 of the *Charter*, as he considered the issue of whether the directive represented a reasonable and fair exercise of the employer’s management powers through the prism of those conclusions.

[55] Cela dit, je ne partage pas son avis quant au bien-fondé de la conclusion de l’arbitre selon laquelle la directive résultait d’un exercice déraisonnable et inéquitable du pouvoir de gestion de l’employeur. (I) D’abord, je suis d’avis que l’analyse erronée de l’arbitre concernant la question de la violation du droit à la liberté protégé par l’art. 7 de la *Charte* teinte l’ensemble de ses motifs. (II) Ensuite, lorsqu’on analyse son raisonnement de plus près, on constate que les conclusions de l’arbitre ne se justifient ni au regard des faits, ni au regard du droit.

I. L’analyse erronée de l’arbitre concernant le droit à la liberté teinte le reste de son analyse

[56] Selon ma collègue, « il est clair que l’arbitre en serait venu à la même décision en ce qui concerne le par. 5.02 même s’il n’avait pas commis d’erreur dans son analyse de la conformité de la directive à l’art. 7 de la *Charte* » (para. 46).

[57] La position de ma collègue me semble contradictoire. Lorsqu’elle procède au contrôle de la décision de l’arbitre concernant le caractère raisonnable et équitable de la directive, ma collègue se dit en accord « avec l’arbitre que le fait que la directive ait un effet sur la vie des juristes en dehors des heures de travail constitue un facteur important » (par. 38 (je souligne)). Par contre, lorsqu’elle procède au contrôle de la décision de l’arbitre concernant la violation de l’art. 7 de la *Charte*, ma collègue est d’avis que « [l]’incursion de la directive dans la vie privée des juristes en dehors du travail n’implique pas le type de choix personnels fondamentaux que garantit l’art. 7 » (par. 50).

[58] Je ne peux souscrire au raisonnement de ma collègue.

[59] À mon avis, l’erreur de la part de l’arbitre vicie toute sa décision, car elle teinte le reste de son analyse. En effet, pour moi, le raisonnement de l’arbitre a manifestement été influencé par ses conclusions concernant l’art. 7 de la *Charte* parce qu’il a examiné la question de savoir si la directive constitue un exercice raisonnable et équitable des pouvoirs de gestion de l’employeur à travers le prisme de ces conclusions.

[60] For example, in concluding that the directive “seems to me quite simply neither reasonable nor fair”, the adjudicator noted, *inter alia*, that “[i]nstead, it would be fair for [counsel] to be compensated for the time during which the employer continues to exercise a certain control over their lives” (2015 PSLREB 31, at para. 45 (CanLII) (emphasis added)).

[61] What is more, the adjudicator’s conclusions on the violation of clauses 5.02 and 6.01 of the collective agreement were based on the same characterization of the impact of the directive on the lawyers’ lives. As I will explain in the next section, this characterization seems flawed to me in that it disregards key elements of the agreed statement of facts. In light of this, I fail to see how it can be said that the adjudicator would necessarily have come to the same conclusion on the reasonableness of the directive independently of his analysis of the infringement of the lawyers’ right to liberty. The adjudicator erred in reaching that conclusion, and I would dismiss the appeal on this basis.

[62] That being said, it seems to me — without ruling on the reasonableness and fairness of the directive given my opinion that the grievance should be remitted to another adjudicator to decide this issue — that the adjudicator’s conclusions are not defensible in respect of either the facts or the law. The interpretation given in this case of the employer’s directive and art. 5 of the collective agreement therefore appears to me to be unreasonable.

## II. The Adjudicator Erred in Concluding That the Directive Represented an Unreasonable and Unfair Exercise of the Employer’s Management Rights

[63] In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 68, this Court recalled that it “has often recognized the relative expertise of labour arbitrators in the interpretation of collective agreements, and counselled that the review of their decisions should be approached with deference”. As a result, “[i]t cannot be seriously challenged, particularly since *Dunsmuir* . . . that the applicable standard for reviewing the decision of a

[60] Par exemple, en concluant que la directive ne lui « apparaît tout simplement ni raisonnable, ni équitable », l’arbitre note, entre autres, qu’« [i]l serait plutôt équitable qu’ils [les juristes] soient indemnisés pour les moments où l’employeur continue d’exercer un certain contrôle sur leur vie » (2015 CRTEFP 31, par. 45 (CanLII) (je souligne)).

[61] En outre, les conclusions de l’arbitre concernant la violation des par. 5.02 et 6.01 de la convention collective reposent sur la même caractérisation de l’effet de la directive sur la vie des avocats. Or, comme j’en traite dans la prochaine section, cette caractérisation me semble erronée dans la mesure où elle ignore des éléments clés de l’énoncé conjoint des faits. Puisqu’il en est ainsi, je vois mal comment on peut dire que l’arbitre en serait nécessairement arrivé à la même conclusion concernant le caractère raisonnable de la directive, indépendamment de son analyse de la violation du droit à la liberté des avocats. L’arbitre a erré en concluant ainsi et je rejetterais l’appel sur ce point.

[62] Cela dit, et sans me prononcer de façon définitive sur le caractère raisonnable et équitable de la directive car je suis d’avis qu’il faille renvoyer le grief à un autre arbitre sur cette question, il me semble que les conclusions de l’arbitre ne se justifient ni au regard des faits, ni au regard du droit. L’interprétation donnée en l’espèce à la directive de l’employeur et à l’art. 5 de la convention collective ne m’apparaît donc pas raisonnable.

## II. L’arbitre a erré en concluant que la directive constituait un exercice déraisonnable et inéquitable du droit de gestion de l’employeur

[63] Notre Cour rappelait dans l’affaire *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 68, qu’elle « a maintes fois reconnu l’expertise relative de l’arbitre dans l’interprétation d’une convention collective et préconisé le respect de sa décision à cet égard ». Ainsi, « [o]n ne peut plus sérieusement contester, tout particulièrement depuis l’arrêt *Dunsmuir* [. . .], que la norme de contrôle de la décision d’un arbitre en droit du

labour arbitrator is reasonableness” (*Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458, at para. 7). There is therefore no doubt that it is the reasonableness standard of review that applies to the adjudicator’s decision on the issue of whether the directive represented a reasonable exercise of the employer’s management rights.

[64] In applying the reasonableness standard, a reviewing court inquires into whether the decision-making process was transparent and intelligible. It also inquires into whether the decision is defensible, that is, whether it falls within “a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, at para. 47 (emphasis added)). The deference required by the reasonableness standard means that reviewing courts must give “due consideration to the determinations of decision makers” (*Dunsmuir*, at para. 49). However, this does not mean that an adjudicator’s decision is totally immune from judicial review; the decision must be “reasonable”.

A. *The Adjudicator’s Decision Does Not Seem Defensible in Respect of the Facts*

[65] I will begin by noting what the adjudicator stated at para. 47 of his reasons:

I agree that an emergency that occurs outside normal work hours may be a legitimate organizational need that will result in the employer exercising its management right and, consequently, overtime for employees. In this case, the organizational need is triggered by an emergency over which the employer has no control. Can the same analogy be made concerning the unilateral imposition of standby duty? In this case, the organizational need is triggered instead by the employer’s choice to provide and sell its employees’ professional services outside their normal work hours, over which the employer has a certain control. [Emphasis added.]

[66] Yet the adjudicator had the following agreed statement of facts before him, and he even reproduced it at para. 7 of his reasons:

travail est celle de la décision raisonnable » (*Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458, par. 7). Il ne fait donc aucun doute que c’est la norme de contrôle de la décision raisonnable qui s’applique à la sentence de l’arbitre quant à la question de savoir si la directive constitue un exercice raisonnable du droit de gestion de l’employeur.

[64] Suivant la norme de contrôle de la décision raisonnable, une cour de révision se demande si le processus décisionnel a été transparent et intelligible. Elle se demande également si la décision est justifiable, c’est-à-dire si elle appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47 (je souligne)). La déférence requise par la norme de la raisonabilité exige de la cour de révision qu’elle tienne « dûment compte des conclusions du décideur » (*Dunsmuir*, par. 49). Cela ne signifie toutefois pas que la décision de l’arbitre est immunisée contre toute révision judiciaire; elle doit demeurer « raisonnable ».

A. *La décision de l’arbitre ne semble pas justifiée au regard des faits*

[65] Je note d’abord les propos suivants de l’arbitre, au par. 47 de ses motifs :

Je conviens qu’une urgence qui survient en dehors des heures normales de travail puisse représenter un besoin organisationnel légitime qui engendrera l’exercice par l’employeur de son droit de direction et, par conséquent, du travail en heures supplémentaires à l’égard des employés. Dans ce cas, le besoin organisationnel est déclenché par une urgence sur laquelle l’employeur n’a aucun contrôle. Mais la même analogie peut-elle être faite quant à l’imposition unilatérale d’une période de garde? Dans ce cas, le besoin organisationnel est plutôt déclenché par le choix de l’employeur d’offrir et de vendre les services professionnels de ses employés en dehors de leurs heures normales de travail, ce sur quoi l’employeur a un certain contrôle. [Je souligne.]

[66] L’arbitre de grief avait pourtant devant lui l’énoncé conjoint des faits suivant, qu’il reproduit d’ailleurs au par. 7 de ses motifs :

[TRANSLATION]

8. Applications [for stays] may be filed outside working hours and must be handled promptly. It is normal for stay applications to be filed in the late afternoon and for the work to reach late into the evening. Applications filed during the weekend are less frequent (about 6 times per year at the time) but just as unpredictable.

9. The employer requires that counsel responding to a stay application be available in accordance with the rol[1] that the Federal Court established and in accordance with the schedule of the judge appointed to hear the application. The Federal Court clerk calls the Immigration Directorate's emergency number in anticipation of the hearing of the case. Written arguments may be prepared and filed, depending on the level of urgency, followed by a hearing or teleconference with the Federal Court Judge, who hears the parties on the merits of the application.

12. Due to their nature, weekend emergencies occur erratically. Several may occur in a row, or several weeks might pass before another occurs. [Emphasis added.]

[67] I am therefore in full agreement with the Federal Court of Appeal, per de Montigny J.A., that the adjudicator's conclusion that the employer had a certain control over the organizational need underlying the unilateral imposition of standby duty "goes against the common evidence submitted by the parties, to the effect that a stay application can arise unexpectedly and should be processed as an emergency" (2016 FCA 92, [2016] 4 F.C.R. 349, at para. 31).

[68] Moreover, the following also appears in the agreed statement of facts reproduced by the adjudicator in his reasons:

[TRANSLATION]

19. In the absence of volunteers, in an email dated April 13, 2010, the employer imposed the requirement

8. Ces demandes [de sursis] peuvent être présentées en dehors des heures ouvrables et doivent être traitées rapidement. Il n'est pas inhabituel que les demandes de sursis soient présentées en fin d'après-midi et que le travail continue tard en soirée. Les demandes déposées pendant la fin de semaine sont moins fréquentes (environ 6 fois par année à l'époque), mais tout aussi imprévisibles.

9. L'Employeur requiert que le/la juriste qui répond à une demande de sursis soit disponible selon le rôle établi par la Cour fédérale et selon l'horaire du juge nommé pour entendre la demande. Le greffier de la Cour fédérale téléphone au numéro d'urgence de la direction de l'immigration en prévision de l'audition de la cause. Des arguments écrits peuvent être rédigés et déposés, selon le degré d'urgence, suivis d'une audience ou d'une téléconférence avec le juge de la Cour fédérale qui entend les parties sur le bien-fondé de la demande.

12. De par leur nature, les urgences de fin de semaine surviennent de façon irrégulière. Plusieurs peuvent survenir de suite ou il peut se passer plusieurs semaines avant qu'il en survienne une autre. [Je souligne.]

[67] Je partage donc entièrement l'avis de la Cour d'appel fédérale sous la plume du juge de Montigny selon lequel la conclusion de l'arbitre voulant que l'employeur ait un certain contrôle sur le besoin organisationnel à la base de l'imposition unilatérale d'une période de garde « va à l'encontre de la preuve commune soumise par les parties, à l'effet qu'une demande de sursis peut survenir de façon imprévisible et doit être traitée de façon urgente » (2016 CAF 92, [2016] 4 R.C.F. 349, par. 31).

[68] De plus, l'énoncé conjoint des faits repris par l'arbitre de grief dans ses motifs, mentionne également ce qui suit :

19. En l'absence de volontaires, par courriel en date du 13 avril 2010, l'Employeur a imposé à tous les juristes

that all counsel (including those identified below) be available on a rotational basis, an average of 1 to 3 times per year, for standby duty.

20. The employer prepared a standby duty table for the period from April 1, 2010, to March 31, 2011. To that end, the employer asked counsel for their availability for the entire period covered by the list. The employer then established the list according to counsel's availability and situations (e.g., a situation requiring accommodation under the [*Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6]). In addition, the employer allowed counsel to arrange with each other in case they needed someone to fill in for them. [Emphasis added.]

[69] The adjudicator does not seem to have considered these facts in his analysis. I agree with de Montigny J.A.'s conclusion that “[c]learly, [these were] important factor[s] in assessing the reasonableness of the directive, yet the adjudicator did not take [them] into account in his analysis” (para. 32).

[70] In my view, to the extent that the adjudicator's conclusions contradict the common evidence submitted by the parties and that he has disregarded certain essential facts in his reasons, his decision does not fall within “a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts” (*Dunsmuir*, at para. 47).

B. *The Adjudicator's Decision Does Not Seem Defensible in Respect of the Law*

[71] Under clause 5.01 of the collective agreement, “[a]ll the functions, rights, powers and authority which the Employer has not specifically abridged, delegated or modified by this Agreement are . . . retained” by the employer. Among these residual rights are those held by the Treasury Board in respect of “human resources management in the federal public administration, including the determination of the terms and conditions of employment of persons employed in it” (*Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, s. 7(1)(e)). The exercise of these rights relating to human resources management is governed by s. 11.1 of the *Financial Administration Act*.

(dont notamment celles identifiées ci-dessous) qu'ils soient disponibles à tour de rôle, en moyenne 1 à 3 fois par année, pour la garde.

20. L'Employeur a préparé un tableau de garde pour la période du 1<sup>er</sup> avril 2010 au 31 mars 2011. À cette fin, l'Employeur a demandé les disponibilités des juristes pour toute la période visée par la liste. L'Employeur a établi, par la suite, la liste en fonction des disponibilités et situation des juristes (ex. : situation nécessitant une mesure d'adaptation en vertu de la [*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6]). De plus, l'Employeur a permis aux juristes de s'accommoder entre eux pour se faire remplacer. [Je souligne.]

[69] L'arbitre ne semble pas avoir considéré ces faits dans son analyse. J'abonde dans le même sens que le juge de Montigny lorsque celui-ci conclut que, « [d]e toute évidence, il s'agissait là [de] facteur[s] important[s] pour évaluer la raisonnablement de la directive, dont l'arbitre ne tient aucunement compte dans son analyse » (par. 32).

[70] À mon avis, dans la mesure où les conclusions de l'arbitre vont à l'encontre de la preuve commune soumise par les parties et que ses motifs passent sous silence des éléments factuels essentiels, sa décision n'appartient pas « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits » (*Dunsmuir*, par. 47).

B. *La décision de l'arbitre ne semble pas justifiée au regard du droit*

[71] En vertu du par. 5.01 de la convention collective, l'employeur « retient toutes les fonctions, les droits, les pouvoirs et l'autorité que ce dernier n'a pas, d'une façon précise, fait diminuer, déléguer ou modifier par la présente convention ». Ces droits résiduels comprennent, pour le Conseil du Trésor, des droits en matière de « gestion des ressources humaines de l'administration publique fédérale, notamment la détermination des conditions d'emploi » (*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, c. F-11, al. 7(1)(e)). L'exercice de ces droits en matière de gestion des ressources humaines est encadré par l'art. 11.1 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

[72] In *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, 2004 SCC 23, [2004] 1 S.C.R. 609, at para. 32, this Court noted that “[g]enerally management has a residual right to do as it sees fit in the conduct of its business” and that “[t]his right is subject to any express term of a collective agreement or human rights and other employment-related statutes providing otherwise”.

[73] In the instant case, therefore, the employer’s residual rights are subject to clause 5.02 of the collective agreement, which requires the employer to “act reasonably, fairly and in good faith in administering this Agreement”. This clause codifies principles that have already been recognized by the courts, including the fact that “[w]hen employers in a unionized workplace unilaterally enact workplace rules and policies, they are not permitted to ‘promulgate unreasonable rules and then punish employees who infringe them’” (*Irving*, at para. 22).

[74] In considering whether the employer had acted reasonably, fairly and in good faith in issuing the directive, the adjudicator noted that he had not been “presented any evidence establishing that standby duty is the employer’s only way of responding to its client departments’ emergencies on weeknights and weekends” (para. 49 (emphasis added)).

[75] But that is not the applicable legal test in this case. Indeed, it is not even the applicable test for the justification of an infringement of a *Charter* right under s. 1 of the *Charter*. At the minimal impairment stage under s. 1 of the *Charter*, “[i]f the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement” (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160; see also *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 150). It would be surprising if a burden

[72] Dans l’affaire *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, 2004 CSC 23, [2004] 1 R.C.S. 609, par. 32, notre Cour rappelait que « [g]énéralement, la direction dispose d’un droit résiduel de gérer son entreprise selon ce qu’elle juge indiqué » et que « [c]e droit est subordonné aux conditions expresses de la convention collective applicable ou aux dispositions à l’effet contraire des lois sur les droits de la personne et des autres lois relatives à l’emploi ».

[73] Ainsi, en l’espèce, les droits résiduels de l’employeur sont subordonnés au par. 5.02 de la convention collective, lequel requiert que l’employeur « agi[sse] raisonnablement, équitablement et de bonne foi dans l’administration de la présente convention collective ». Ce paragraphe codifie des principes déjà reconnus dans la jurisprudence, notamment le fait qu’« [e]n milieu de travail syndiqué, l’employeur qui impose unilatéralement des règles et des politiques ne peut pas [TRADUCTION] “adopter des règles déraisonnables pour ensuite punir les employés qui les violent” » (*Irving*, par. 22).

[74] En analysant si l’employeur avait agi raisonnablement, équitablement et de bonne foi en adoptant la directive, l’arbitre a noté qu’on ne lui avait « présenté aucune preuve établissant que la période de garde est le seul moyen dont dispose l’employeur pour répondre aux urgences de ses ministères clients les soirs de semaine et les fins de semaine » (par. 49 (je souligne)).

[75] Or, ce n’est pas le critère juridique applicable en l’espèce. D’ailleurs, ce n’est même pas le critère applicable pour la justification d’une violation d’un droit protégé par la *Charte* en application de son article premier. En effet, à l’étape portant sur l’atteinte minimale sous l’article premier de la *Charte*, « [s]i la loi se situe à l’intérieur d’une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu’elle a une portée trop générale simplement parce qu’ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l’objectif et à la violation » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160; voir aussi *Health Services and Support — Facilities Subsector*



that the Constitution does not even impose on the government were imposed on employers.

[76] In *Irving*, at paras. 4, 24 and 27, this Court described the approach the adjudicator should have taken in assessing the unilateral exercise of management rights:

A substantial body of arbitral jurisprudence has developed around the unilateral exercise of management rights in a safety context, resulting in a carefully calibrated “balancing of interests” proportionality approach. Under it, and built around the hallmark collective bargaining tenet that an employee can only be disciplined for reasonable cause, an employer can impose a rule with disciplinary consequences only if the need for the rule outweighs the harmful impact on employees’ privacy rights. The dangerousness of a workplace is clearly relevant, but this does not shut down the inquiry, it begins the proportionality exercise.

The scope of management’s unilateral rulemaking authority under a collective agreement is persuasively set out in *Re Lumber & Sawmill Workers’ Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 . . . . The heart of the “KVP test”, which is generally applied by arbitrators, is that any rule or policy unilaterally imposed by an employer and not subsequently agreed to by the union, must be consistent with the collective agreement and be reasonable . . . .

In assessing . . . reasonableness in the case of unilaterally imposed employer rules or policies affecting employee privacy, arbitrators have used a “balancing of interests” approach. As the intervener the Alberta Federation of Labour noted:

*Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 150). Il serait surprenant que l’on impose aux employeurs un fardeau que la Constitution n’impose même pas au gouvernement.

[76] Dans l’affaire *Irving*, par. 4, 24 et 27, notre Cour décrivait la démarche que l’arbitre aurait dû suivre pour évaluer l’exercice unilatéral des droits de la direction :

Il existe une importante jurisprudence arbitrale quant à l’exercice unilatéral des droits de la direction dans le contexte de la sécurité et il en a résulté une démarche axée sur la proportionnalité commandant une « mise en balance des intérêts » soigneusement pondérée. Suivant cette démarche, et compte tenu du principe propre à la négociation collective selon lequel l’employé n’est passible d’une sanction disciplinaire que pour un motif raisonnable, l’employeur ne peut imposer une règle emportant des sanctions disciplinaires que si la nécessité d’adopter une telle règle l’emporte sur l’incidence négative de cette dernière sur les droits à la vie privée des employés. La dangerosité d’un lieu de travail est manifestement pertinente. Cet élément ne met toutefois pas fin à l’analyse; il enclenche plutôt la démarche axée sur la proportionnalité.

L’étendue du pouvoir de la direction d’imposer unilatéralement des règles au titre de la convention collective est expliquée de manière convaincante dans l’affaire *Re Lumber & Sawmill Workers’ Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 . . . . L’élément central du « critère énoncé dans *KVP* », que les arbitres appliquent traditionnellement, veut que la règle ou la politique imposée unilatéralement par l’employeur, à laquelle le syndicat n’a pas donné son aval par la suite, soit conforme à la convention collective et raisonnable . . . .

Pour évaluer le caractère raisonnable [. . .] d’une règle ou d’une politique imposée unilatéralement par l’employeur et ayant une incidence sur la vie privée de l’employé, les arbitres ont adopté une démarche axée sur la « mise en balance des intérêts ». Comme le fait remarquer l’Alberta Federation of Labour, intervenante en l’espèce :

Determining reasonableness requires labour arbitrators to apply their labour relations expertise, consider all of the surrounding circumstances, and determine whether the employer's policy strikes a reasonable balance. Assessing the reasonableness of an employer's policy can include assessing such things as the nature of the employer's interests, any less intrusive means available to address the employer's concerns, and the policy's impact on employees. [Emphasis added.]

[77] The analysis of the reasonableness and fairness of a unilaterally imposed directive is thus based on a balancing of interests approach, not an approach focusing on whether the employer has adopted the least intrusive means of meeting its operational requirements. In my view, the adjudicator in the case at bar did not take a balancing of interests approach. He had to determine whether the directive was reasonable, but that is not what he did.

[78] As a result, I also agree with the following comments of de Montigny J.A. (at para. 33):

Lastly, the adjudicator imposes an excessive burden on the employer when he notes at paragraph 49 of his reasons that there was no evidence showing that standby duty is the employer's only way of responding to emergencies. The employer is not required to demonstrate that its decision is the only way or the best way to resolve the problem; instead, its responsibilities consist of demonstrating that its solution is reasonable under the circumstances. When an adjudicator is called upon to interpret clause 5.02 of the collective agreement, his role is not to determine whether the employer made the best decision possible; instead, he is to question whether the employer acted reasonably, fairly and in good faith. Although the adjudicator may consider other ways that the employer could have achieved its objectives, he must also leave the employer some flexibility and intervene only when, for instance, another much less intrusive and more efficient way makes the employer's decision unreasonable.

[79] Furthermore, and with all due respect, my colleague's position is ambiguous on this point. Although she says she is not requiring the employer to prove that there were no other alternatives to solve its problem, she finds that "[e]vidence that no such

[TRANSLATION] Pour évaluer le caractère raisonnable, les arbitres en droit du travail sont appelés à mettre à profit leur expertise dans ce domaine, à tenir compte de toutes les circonstances et à décider si la politique de l'employeur établit un équilibre raisonnable. Pour ce faire, ils peuvent tenir compte notamment de la nature des intérêts de l'employeur, de l'existence de tout autre moyen moins attentatoire de répondre aux préoccupations de l'employeur ainsi que de l'incidence de la politique sur les employés. [Je souligne.]

[77] L'analyse du caractère raisonnable et équitable d'une directive imposée unilatéralement repose donc sur une démarche axée sur la mise en balance des intérêts, et non sur la question de savoir si l'employeur a retenu le moyen le moins attentatoire de répondre à ses exigences opérationnelles. À mon avis, en l'espèce, l'arbitre n'a pas suivi une telle démarche axée sur la mise en balance des intérêts. Il devait évaluer le caractère raisonnable de la directive; ce n'est pas ce qu'il a fait.

[78] Je suis donc également d'accord avec les propos suivants du juge de Montigny (par. 33) :

Enfin, l'arbitre impose à l'employeur un fardeau excessif lorsqu'il note au paragraphe 49 de ses motifs qu'aucune preuve n'établissait que la période de garde est le seul moyen dont dispose l'employeur pour répondre aux urgences. L'employeur n'est pas tenu de démontrer que sa décision est le seul moyen ou le meilleur moyen de régler le problème; son obligation consiste plutôt à démontrer que la solution retenue est raisonnable dans les circonstances. Lorsqu'un arbitre est appelé à interpréter le paragraphe 5.02 de la convention collective, son rôle n'est pas de déterminer si l'employeur a pris la meilleure décision possible; il doit plutôt se demander si l'employeur a agi de façon raisonnable, équitable et de bonne foi. Bien que l'arbitre puisse tenir compte des autres moyens dont l'employeur aurait pu se prévaloir pour atteindre son objectif, il doit quand même lui laisser une certaine marge de manœuvre et intervenir seulement lorsqu'un autre moyen beaucoup moins intrusif et tout aussi efficace, par exemple, rend la décision de l'employeur déraisonnable.

[79] D'ailleurs, et ceci dit en tout respect, la position de ma collègue est ambiguë sur ce point. Bien qu'elle dise ne pas requérir de l'employeur qu'il prouve l'absence d'autres solutions pour régler son problème, elle juge qu'une « preuve établissant

alternatives were available would have supported the respondent's position that the directive was a necessary response", and that "[t]he adjudicator was therefore entitled to note the lack of such evidence" (para. 44). In my view, this reasoning does exactly what she claims it does not do: it imposes on the employer the far too onerous burden of proving a negative.

[80] In my opinion, to the extent that the adjudicator's decision is based on a test that differs from the one applicable in law and that has the effect of imposing an excessive burden on the employer, it does not fall within a range of "possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the . . . law" (*Dunsmuir*, at para. 47).

### III. Conclusion

[81] For these reasons, I would allow the appeal in part.

[82] I would remit the grievance to another adjudicator to decide the case on the basis that the impugned directive does not infringe s. 7 of the *Charter* and therefore does not violate clause 6.01 of the collective agreement. However, unlike the Federal Court of Appeal, I would leave it to the new adjudicator to undertake the balancing of interests and reach his or her own conclusions on the issue of whether the employer acted reasonably, fairly and in good faith, in accordance with clause 5.02 of the collective agreement, in issuing the directive.

*Appeal allowed in part with costs to the appellant, MOLDAVER and CÔTÉ JJ. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant: Philion Leblanc Beaudry, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Ottawa.*

qu'il n'y avait pas d'autres solutions aurait appuyé la thèse de l'intimé selon laquelle la directive était une réponse nécessaire » et qu'il « était donc loisible à l'arbitre de noter l'absence d'une telle preuve » (par. 44). À mon avis, ce raisonnement fait exactement ce qu'il prétend ne pas faire : il impose à l'employeur le fardeau beaucoup trop onéreux de prouver un fait négatif.

[80] À mon avis, dans la mesure où la décision de l'arbitre se fonde sur un critère autre que celui applicable en droit et qui a pour effet d'imposer à l'employeur un fardeau excessif, elle ne fait pas partie des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard [. . .] du droit » (*Dunsmuir*, par. 47).

### III. Conclusion

[81] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais en partie l'appel.

[82] Je renverrais le grief à un autre arbitre pour qu'il décide de l'affaire en tenant pour acquis que la directive attaquée ne porte pas atteinte à l'art. 7 de la *Charte* et, par conséquent, ne viole pas le par. 6.01 de la convention collective. Cela dit, contrairement à la Cour d'appel fédérale, je laisserais le nouvel arbitre procéder à la mise en balance des intérêts et arriver à ses propres conclusions concernant la question de savoir si l'employeur a agi raisonnablement, équitablement et de bonne foi en adoptant la directive conformément au par. 5.02 de la convention collective.

*Pourvoi accueilli en partie avec dépens en faveur de l'appelante, les juges MOLDAVER et CÔTÉ sont dissidents en partie.*

*Procureurs de l'appelante : Philion Leblanc Beaudry, Montréal.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Ottawa.*

**Barreau du Québec** *Appellant*

v.

**Attorney General of Quebec** *Respondent*

and

**Administrative Tribunal of Québec,  
Ordre des comptables professionnels agréés  
du Québec and Chartered Professional  
Accountants of Canada** *Intervenors*

**INDEXED AS: BARREAU DU QUÉBEC v. QUEBEC  
(ATTORNEY GENERAL)**

**2017 SCC 56**

File No.: 37034.

2017: March 27; 2017: November 10.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and  
Rowe JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC**

*Administrative law — Judicial review — Standard of review — Statutory provisions establishing exception to monopoly on practice of advocates for certain proceedings under Act respecting administrative justice — Administrative Tribunal of Québec concluding that its enabling statute authorizes person who is not advocate to prepare and draw up written proceedings in name of Minister of Employment and Social Solidarity and that that power is not in conflict with Act respecting the Barreau du Québec — Standard of review applicable to that decision — Act respecting administrative justice, CQLR, c. J-3, s. 102 — Act respecting the Barreau du Québec, CQLR, c. B-1, ss. 128(2)(a)(5), 129(b).*

*Administrative law — Boards and tribunals — Procedure — Representation by advocate — Statutory provisions establishing exception to monopoly on practice of advocates for certain proceedings under Act respecting administrative justice — Written proceedings prepared, drawn up, signed and filed by person who was not advocate in name of Minister of Employment and Social Solidarity for cases before social affairs division of Administrative Tribunal of Québec — Whether Minister's*

**Barreau du Québec** *Appelant*

c.

**Procureure générale du Québec** *Intimée*

et

**Tribunal administratif du Québec,  
Ordre des comptables professionnels agréés  
du Québec et Comptables professionnels  
agréés du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BARREAU DU QUÉBEC c. QUÉBEC  
(PROCUREURE GÉNÉRALE)**

**2017 CSC 56**

N° du greffe : 37034.

2017 : 27 mars; 2017 : 10 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown  
et Rowe.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Drôit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Dispositions législatives prévoyant une exception au monopole d'exercice des avocats en cas de certains recours en vertu de la Loi sur la justice administrative — Tribunal administratif du Québec concluant que sa loi constitutive autorise un non-avocat à préparer et rédiger des actes de procédure au nom du ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale et que ce pouvoir n'entre pas en conflit avec la Loi sur le Barreau — Quelle est la norme de contrôle applicable à cette décision? — Loi sur la justice administrative, RLRQ, c. J-3, art. 102 — Loi sur le Barreau, RLRQ, c. B-1, art. 128(2)a)5°, 129b).*

*Drôit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Procédure — Représentation par un avocat — Dispositions législatives prévoyant une exception au monopole d'exercice des avocats en cas de certains recours en vertu de la Loi sur la justice administrative — Actes de procédure préparés, rédigés, signés et déposés par un non-avocat au nom du ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale dans dossiers devant la section des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec*

right “to be represented by the person of his . . . choice” encompasses both oral and written representation — *Act respecting administrative justice*, CQLR, c. J-3, s. 102 — *Act respecting the Barreau du Québec*, CQLR, c. B-1, ss. 128(2)(a)(5), 129(b).

In cases relating to social aid in which the opposing parties were the Minister of Employment and Social Solidarity (“Minister”) and individuals, the Minister applied for a review of decisions rendered by the Administrative Tribunal of Québec (“ATQ”) by presenting motions for review that had been prepared, drawn up, signed and filed by a person who was not an advocate. In both those cases, the individuals in question brought a motion to dismiss on the ground that the Minister’s written proceedings had not been prepared and drawn up by a practising advocate entered on the Roll of the Order of the Barreau du Québec.

The right to represent others before a court or tribunal is generally reserved to lawyers. Section 128 of the *Act respecting the Barreau du Québec* provides that certain activities, including preparing and drawing up motions and other written proceedings, are the “exclusive prerogative” of advocates and solicitors. It reserves “plead[ing] or act[ing]” before courts or tribunals to practising advocates. However, the *Act respecting the Barreau du Québec* establishes certain exceptions to the monopoly on practice of advocates and gives the Minister the right “to be represented to plead or act in his . . . name” before the social affairs division of the ATQ (s. 128(2)(a)(5)). Further, s. 129(b) provides that s. 128 does not limit rights that are specifically defined and granted to any person by another law. Section 102 of the *Act respecting administrative justice* grants the Minister the right to “be represented by the person of his . . . choice before the social affairs division” of the ATQ.

The ATQ dismissed the individual litigants’ motions to dismiss, concluding that under s. 102 of the *Act respecting administrative justice*, a person who is not an advocate may do everything that is needed for the representation of the Minister, both oral and written, before that tribunal’s social affairs division and that this power is not in conflict with the *Act respecting the Barreau du Québec*. The Superior Court granted applications for judicial review of those decisions, but the Court of Appeal set aside that judgment, concluding that, regardless of the applicable standard of review, the ATQ’s decisions should not have been reversed.

*Held* (Côté J. dissenting): The appeal should be dismissed.

— *Le droit du ministre de « se faire représenter par une personne de son choix » comprend-il à la fois la représentation de vive voix et la représentation par écrit? — Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3, art. 102 — *Loi sur le Barreau*, RLRQ, c. B-1, art. 128(2)a)5°, 129b).

Dans le contexte de dossiers opposant le ministre de l’Emploi et de la Solidarité sociale (« ministre ») à des citoyens en matière d’aide sociale, le ministre a demandé la révision de décisions rendues par le Tribunal administratif du Québec (« TAQ ») en présentant des requêtes en révision préparées, rédigées, signées et déposées par un non-avocat. Dans chacun de ces dossiers, les citoyens en cause y ont opposé une requête en irrecevabilité au motif que les actes de procédure du ministre n’ont pas été préparés et rédigés par un avocat en exercice inscrit au Tableau de l’Ordre du Barreau du Québec.

Le droit de représenter autrui devant les tribunaux est généralement réservé aux avocats. L’article 128 de la *Loi sur le Barreau* précise que certaines activités, y compris la préparation et la rédaction des requêtes et autres actes de procédure, sont du « ressort exclusif » des avocats et des conseillers en loi; il réserve aux avocats en exercice l’acte de « plaider ou agir » devant les tribunaux. La *Loi sur le Barreau* prévoit cependant certaines exceptions au monopole d’exercice des avocats, et donne au ministre le droit « de se faire représenter pour plaider ou agir en son nom » devant la section des affaires sociales du TAQ (art. 128(2)a)5°). De plus, l’art. 129b) précise que l’art. 128 ne limite pas les droits qui sont spécifiquement définis et donnés à toute personne par d’autres lois. L’article 102 de la *Loi sur la justice administrative* accorde au ministre le droit de « se faire représenter par une personne de son choix devant la section des affaires sociales » du TAQ.

Le TAQ a rejeté les requêtes en irrecevabilité des citoyens en concluant qu’en vertu de l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*, un non-avocat peut accomplir tout ce qui est nécessaire à la représentation du ministre devant la section des affaires sociales de ce tribunal, tant par écrit que de vive voix, et que ce pouvoir n’entre pas en conflit avec la *Loi sur le Barreau*. La Cour supérieure a accueilli les demandes en révision judiciaire de ces décisions, mais la Cour d’appel a infirmé ce jugement en concluant que, peu importe la norme de contrôle applicable, il n’y avait pas lieu de renverser les décisions du TAQ.

*Arrêt* (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe J.J.: The central issue before the ATQ was whether the Minister's right to "be represented" that is provided for in s. 102 of the *Act respecting administrative justice* includes the preparation and drawing up of written proceedings or motions intended for use before the ATQ's social affairs division. The reasonableness standard must be presumed to apply, given that this issue entails the interpretation of s. 102, which is in the ATQ's enabling statute and which sets out procedural rules that apply in proceedings before it. Although the ATQ had to bear the *Act respecting the Barreau du Québec* in mind in interpreting s. 102 of the *Act respecting administrative justice*, this does not have the effect of removing the issue from the ATQ's jurisdiction and expertise. Rather, it shows that the *Act respecting the Barreau du Québec* has a close connection to the ATQ's function. Moreover, s. 128(2)(a)(5) of that Act, which grants the Minister the right to be represented by a person who is not an advocate, refers expressly to the ATQ and establishes a procedural rule that applies in proceedings before it.

The issue to be resolved in this case is not a question that is of central importance to the legal system as a whole and lies outside the ATQ's specialized area of expertise; if it were, that would rebut the presumption in favour of the reasonableness standard. The Barreau's role in regulating the representation of others before a court or tribunal is of obvious importance, but this does not mean that every question touching on this subject is automatically one of central importance to the legal system as a whole. The issue in this case concerns only the scope of a narrow exception that was established by the Quebec legislature in order to allow the Minister to be represented by a person who is not an advocate in certain proceedings before the ATQ's social affairs division. Moreover, the interpretation of s. 102 of the *Act respecting administrative justice* falls squarely within the ATQ's expertise. The presumption in favour of the reasonableness standard is therefore not rebutted, as the legislature intended the ATQ to be able to decide any question related to proceedings pertaining to social aid, including the issue in this case.

The ATQ's conclusion on the scope of s. 102 of the *Act respecting administrative justice* is reasonable. That section grants the Minister a right to "be represented". Read in the grammatical and ordinary sense of its words, it grants the Minister the right to be represented before the social affairs division of the ATQ both for the purpose of preparing and drawing up motions and other

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe : La question centrale que devait trancher le TAQ consistait à décider si le droit du ministre de « se faire représenter » prévu à l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* inclut la préparation et la rédaction de procédures ou de requêtes destinées à servir devant la section des affaires sociales du TAQ. Il faut présumer que la norme de la décision raisonnable s'applique, puisque cette question porte sur l'interprétation de l'art. 102, lequel fait partie de la loi constitutive du TAQ et traite des règles de procédure applicables aux instances se déroulant devant lui. Bien que le TAQ devait garder en tête la *Loi sur le Barreau* en interprétant l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*, cela n'a pas pour effet de soustraire la question en jeu au champ de compétence et d'expertise du TAQ. Cette constatation démontre plutôt que la *Loi sur le Barreau* est étroitement liée au mandat du TAQ. L'article 128(2)a)5° de cette loi, qui confère au ministre le droit de se faire représenter par un non-avocat, mentionne d'ailleurs explicitement le TAQ et établit une règle de procédure applicable aux instances devant lui.

La question à trancher en l'espèce n'est pas une question d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise du TAQ, ce qui repousserait sinon la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable. Le rôle du Barreau dans la réglementation de la représentation d'autrui devant les tribunaux est d'une importance évidente, mais cela ne signifie pas que toutes les questions qui effleurent ce domaine deviennent automatiquement des questions d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble. La question soumise ici ne concerne que la portée d'une exception étroite qui a été établie par le législateur québécois afin de permettre au ministre de se faire représenter par un non-avocat à l'occasion de certains recours devant la section des affaires sociales du TAQ. En outre, l'interprétation de l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* demeure au cœur de l'expertise du TAQ. La présomption d'application de la norme de la décision raisonnable n'est donc pas repoussée, le législateur ayant voulu que le TAQ puisse trancher toute question liée aux recours en matière d'aide sociale, y compris celle en cause.

La conclusion du TAQ sur la portée de l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* est raisonnable. L'article 102 donne au ministre un droit de « se faire représenter ». Suivant le sens ordinaire et grammatical des termes de l'art. 102, cette disposition confère au ministre le droit de se faire représenter devant la section des affaires sociales du TAQ tant aux fins de préparation et de rédaction

written proceedings and for that of oral representation. This interpretation, according to which the Minister's representative may do everything that is needed for the representation of others before the ATQ, is also consistent with the broader context of the legislation and with the legislature's intent, in particular its intention to promote the introduction of non-judicial processes into administrative justice. The legislative history of the exception for the Minister is also relevant, and it confirms what the legislature intended in this regard.

Although s. 102 of the *Act respecting administrative justice* authorizes a person who is not an advocate to represent the Minister in writing, it does not conflict with s. 128(1) of the *Act respecting the Barreau du Québec*, which gives practising advocates and solicitors the exclusive right to prepare and draw up documents for use in a court or tribunal. This "conflict" is resolved by s. 129(b) of the *Act respecting the Barreau du Québec*, which provides that s. 128 of that Act neither limits nor restricts rights that are specifically defined and granted to any person by any public or private law. The Minister's right under s. 102 of the *Act respecting administrative justice* to be represented by a person of his or her choice is thus not diminished in the least by s. 128 of the *Act respecting the Barreau du Québec*.

*Per* Côté J. (dissenting): Whenever a question relates to the representation of others by a person who is not an advocate, it is necessary to interpret and apply the *Act respecting the Barreau du Québec* and, subsidiarily, any related legislation that sets out how the exceptions provided for in the *Act respecting the Barreau du Québec* are to operate. The issue in this case is a question of central importance to the legal system as a whole and lies outside the ATQ's specialized area of expertise. It therefore falls within an established category of questions to which the correctness standard applies. Because of the impact that an inconsistent application of ss. 128 and 129 of the *Act respecting the Barreau du Québec* could have on the administration of justice as a whole, only one interpretation of these provisions is possible.

Because the question before the ATQ necessarily involved the interpretation of the *Act respecting the Barreau du Québec*, the presumption in favour of the reasonableness standard does not apply. Furthermore, that presumption can be rebutted by a contextual analysis based on the *Dunsmuir* factors, which means that it is the correctness standard that must be applied. Although the ATQ is protected by a strong privative clause, it was considering a question of law that had nothing to do with the purpose of the ATQ's social affairs division. The *Act respecting*

de requêtes et autres actes de procédure qu'aux fins de représentation de vive voix. Cette interprétation, selon laquelle le représentant du ministre peut faire tout ce qui est nécessaire à la représentation d'autrui devant le TAQ, s'accorde d'ailleurs avec le contexte plus large de la loi et l'intention du législateur, notamment sa volonté de promouvoir la déjudiciarisation de la justice administrative. L'historique législatif de l'exception en faveur du ministre est lui aussi pertinent, et il confirme l'intention du législateur à cet égard.

L'article 102 de la *Loi sur la justice administrative*, bien qu'il autorise un non-avocat à représenter par écrit le ministre, ne contredit pas l'art. 128(1) de la *Loi sur le Barreau*, qui accorde exclusivement aux avocats en exercice et aux conseillers en loi le droit de préparer et de rédiger des documents destinés aux tribunaux. Cette « contradiction » est écartée par l'art. 129b) de la *Loi sur le Barreau*, qui précise que l'art. 128 de cette loi ne limite ou ne restreint pas les droits spécifiquement définis et donnés à toute personne par toute loi d'ordre public ou privé. Le droit du ministre de se faire représenter par la personne de son choix en vertu de l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* n'est donc aucunement diminué par l'art. 128 de la *Loi sur le Barreau*.

*La juge Côté (dissidente)* : Toute question concernant la représentation d'autrui par un non-avocat requiert nécessairement l'interprétation et l'application de la *Loi sur le Barreau* et, accessoirement, de toute loi connexe définissant les modalités d'exercice des exceptions prévues à la *Loi sur le Barreau*. La question soulevée en l'espèce revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et elle est étrangère au domaine d'expertise du TAQ. Elle appartient donc à une catégorie déjà établie de questions assujetties à la norme de la décision correcte. En raison des répercussions que pourrait avoir une application incohérente des art. 128 et 129 de la *Loi sur le Barreau* sur l'administration de la justice dans son ensemble, ces dispositions ne peuvent recevoir qu'une seule interprétation.

Étant donné que la question dont était saisi le TAQ impliquait nécessairement l'interprétation de la *Loi sur le Barreau*, la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable est inapplicable. De plus, une analyse contextuelle fondée sur les facteurs énumérés à l'arrêt *Dunsmuir* permet de la réfuter, si bien que c'est la norme de la décision correcte qui doit s'appliquer. En effet, bien que le TAQ bénéficie d'une clause privative étanche, il était saisi d'une question de droit qui n'a aucun lien avec la raison d'être de la section des affaires sociales du TAQ.

*the Barreau du Québec* is not the ATQ's enabling statute, nor is it a statute that has a close connection to the ATQ's function and with which it has particular familiarity. Deference is thus not warranted here.

A conclusion that the Minister can have a person who is neither an advocate nor a solicitor prepare and draw up a written proceeding or other similar document that is intended for use in a case before the ATQ's social affairs division is based on an interpretation that is inconsistent with the words of the statutes in question and with the intention of the legislature. Such an interpretation also disregards the object of the *Act respecting the Barreau du Québec*. Section 102 of the *Act respecting administrative justice* does not grant the Minister the right to have recourse for that purpose to the services of a person who is neither an advocate nor a solicitor.

The exception to the monopoly on practice of advocates that is provided for in s. 102 of the *Act respecting administrative justice* and the one provided for in s. 128(2)(a)(5) of the *Act respecting the Barreau du Québec* were enacted simultaneously for purposes of concordance. The word "represented" used in these two provisions must therefore be understood to have the same meaning in both of them. Whereas subparas. (3), (5) and (7) of s. 128(2)(a) of the *Act respecting the Barreau du Québec* establish exceptions that authorize people who are not advocates to plead or act for others before the ATQ's social affairs division in proceedings specified in them, s. 102 of the *Act respecting administrative justice* has a different and complementary purpose, namely to indicate who may represent the parties to whom those exceptions apply, including the Minister, in such proceedings and to limit the scope of such representation. This interpretation is supported by the fact that, when the legislature established the exceptions provided for in s. 128(2)(a) of the *Act respecting the Barreau du Québec*, it also amended the relevant related statutes to indicate how the exceptions it had just established would operate. Section 128(2)(a)(5) of the *Act respecting the Barreau du Québec* and s. 102 of the *Act respecting administrative justice* are an example of this.

The legislature's intention in enacting s. 129(b) of the *Act respecting the Barreau du Québec* was to preserve its ability to establish exceptions to the rules set out in s. 128 of that Act in other statutes. But what it did in enacting s. 102 of the *Act respecting administrative justice* was merely to specify how the exception it had just established under s. 128(2)(a) of the *Act respecting the Barreau du Québec* would operate. Had the legislature so intended, it could also have accompanied the exclusive power of advocates and solicitors under s. 128(1)(b) "to prepare

La *Loi sur le Barreau* n'est pas la loi constitutive du TAQ, et il ne s'agit pas non plus d'une loi étroitement liée au mandat du TAQ et dont il possède une connaissance approfondie. La déférence n'est donc pas de mise ici.

Conclure que le ministre peut faire appel à une personne qui n'est ni avocat ni conseiller en loi afin de faire préparer et rédiger un acte de procédure ou tout autre document de même nature destiné à servir dans une affaire devant la section des affaires sociales du TAQ procède d'une interprétation qui est incompatible avec les termes des lois en question et l'intention du législateur. Une telle interprétation fait également abstraction de l'objet de la *Loi sur le Barreau*. L'article 102 de la *Loi sur la justice administrative* ne confère pas au ministre le droit de faire appel à une personne qui n'est ni avocat ni conseiller en loi à cette fin.

L'exception au monopole d'exercice des avocats prévue par l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*, et celle énoncée à l'art. 128(2)a)5° de la *Loi sur le Barreau*, ont été adoptées simultanément à des fins de concordance. Le terme « représenter » utilisé à ces deux dispositions doit donc s'entendre de la même façon. En fait, alors que les sous-sous-par. 3°, 5° et 7° de l'art. 128(2)a) de la *Loi sur le Barreau* créent les exceptions autorisant des non-avocats à plaider ou agir pour autrui devant la section des affaires sociales du TAQ dans le cadre des recours y précisés, l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* vise un objectif distinct et complémentaire, soit indiquer quelles personnes peuvent représenter les parties bénéficiant de ces exceptions, y compris le ministre, à l'occasion de ces recours, et circonscrire le cadre de ces représentations. Cette interprétation est appuyée par le fait que, lorsque le législateur a créé les exceptions de l'art. 128(2)a) de la *Loi sur le Barreau*, il a également modifié les lois connexes pertinentes afin d'y prévoir les modalités d'exercice des exceptions qu'il venait de créer. L'article 128(2)a)5° de la *Loi sur le Barreau* et l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* en sont l'illustration.

En adoptant l'art. 129b) de la *Loi sur le Barreau*, le législateur a voulu préserver la faculté de créer dans d'autres lois des exceptions aux règles de l'art. 128 de la *Loi sur le Barreau*. Toutefois, en édictant l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*, il n'a fait qu'énoncer les modalités de l'exception qu'il venait de créer à l'égard de l'art. 128(2)a) de la *Loi sur le Barreau*. S'il avait voulu, le législateur aurait pu également assortir d'une exception en faveur des non-avocats le pouvoir exclusif des avocats et des conseillers en loi prévu à l'art. 128(1)b) de « préparer



and draw up a notice, motion, proceeding or other similar document intended for use in a case before the courts” with an exception for people other than advocates, which it in fact did in s. 128(2)(a). That it omitted to do so must be viewed as a relevant factor in determining the legislature’s actual intent. It may be tempting to reach a different conclusion, particularly because it may seem simpler if a single person can both represent the Minister before a tribunal and prepare and draw up for him or her the written proceedings needed for that purpose. But the pursuit of simpler solutions is not a principle of statutory interpretation. Legislation must be interpreted in accordance with the relevant principles and applied, not changed.

### Cases Cited

By Brown J.

**Distinguished:** *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591; **considered:** *Fortin v. Chrétien*, 2001 SCC 45, [2001] 2 S.C.R. 500; **referred to:** *Ontario (Community Safety and Correctional Services) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, 2014 SCC 31, [2014] 1 S.C.R. 674; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Harvey v. Guerreiro*, [2005] R.J.Q. 1817; *P.S. v. Québec (Emploi et Solidarité sociale)*, 2010 QCTAQ 11404, 2010 CanLII 70683; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555; *Bélanger v. Saint-Marcel (Municipalité)*, 2013 QCTAQ 01912, 2013 CanLII 5734; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27.

By Côté J. (dissenting)

*Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Fortin v. Chrétien*, 2001 SCC 45, [2001] 2 S.C.R. 500; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Reference*

et rédiger un avis, une requête, une procédure et tout autre document de même nature destiné à servir dans une affaire devant les tribunaux », comme il l’a pourtant fait à l’art. 128(2)a). Cette omission doit être considérée comme un élément permettant de cerner la réelle intention du législateur. Il peut être tentant de conclure autrement, notamment parce qu’il peut sembler plus simple qu’une même personne puisse à la fois représenter le ministre devant les tribunaux, en plus de préparer et de rédiger pour lui les actes de procédure nécessaires à cette fin. Mais la poursuite de solutions plus simples n’est pas un principe d’interprétation des lois. Il faut interpréter le texte de la loi selon les principes pertinents et l’appliquer, et non le modifier.

### Jurisprudence

Citée par le juge Brown

**Distinction d’avec l’arrêt :** *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591; **arrêt examiné :** *Fortin c. Chrétien*, 2001 CSC 45, [2001] 2 R.C.S. 500; **arrêts mentionnés :** *Ontario (Sécurité communautaire et Services correctionnels) c. Ontario (Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée)*, 2014 CSC 31, [2014] 1 R.C.S. 674; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Harvey c. Guerreiro*, [2005] R.J.Q. 1817; *P.S. c. Québec (Emploi et Solidarité sociale)*, 2010 QCTAQ 11404, 2010 CanLII 70683; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555; *Bélanger c. Saint-Marcel (Municipalité)*, 2013 QCTAQ 01912, 2013 CanLII 5734; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

Citée par le juge Côté (dissidente)

*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Fortin c. Chrétien*, 2001 CSC 45, [2001] 2 R.C.S. 500; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190;

*re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *9175-1503 Québec inc. v. Montréal (Ville)*, 2012 QCTAQ 07491, 2012 CanLII 48176; *117437 Canada inc. v. Lévis (Ville)*, 2014 QCTAQ 0159, 2014 CanLII 1318; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Packer v. Packer*, [1953] 2 All E.R. 127; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17; *Pharmascience Inc. v. Binet*, 2006 SCC 48, [2006] 2 S.C.R. 513; *Tremblay v. Québec (Tribunal des professions)*, 2006 QCCA 1441, 61 Admin. L.R. (4th) 67.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting administrative justice*, CQLR, c. J-3, ss. 1, 14, 15, 18, 102, 154, 158.  
*Act respecting occupational health and safety*, S.Q. 1979, c. 63, ss. 274, 283.  
*Act respecting the Barreau du Québec*, CQLR, c. B-1, ss. 128, 129, 141.  
*Act respecting the Commission des affaires sociales*, R.S.Q., c. C-34 [rep. 1997, c. 43, s. 184], s. 38.  
*Act respecting the implementation of the Act respecting administrative justice*, S.Q. 1997, c. 43.  
*Act respecting the Régie du logement*, CQLR, c. R-8.1, ss. 72, 74, 91.  
*Act to amend the Bar Act*, S.Q. 1973, c. 44, s. 72.  
*Act to amend various legislation*, S.Q. 1984, c. 27, ss. 49, 51.  
*Act to establish the Régie du logement and to amend the Civil Code and other legislation*, S.Q. 1979, c. 48, ss. 72, 127.  
*Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, ss. 41, 41.1.  
*Law Society Act, 1999*, S.N.L. 1999, c. L-9.1, s. 2(2)(b), (c)(ii).

*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *9175-1503 Québec inc. c. Montréal (Ville)*, 2012 QCTAQ 07491, 2012 CanLII 48176; *117437 Canada inc. c. Lévis (Ville)*, 2014 QCTAQ 0159, 2014 CanLII 1318; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Packer c. Packer*, [1953] 2 All E.R. 127; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17; *Pharmascience Inc. c. Binet*, 2006 CSC 48, [2006] 2 R.C.S. 513; *Tremblay c. Québec (Tribunal des professions)*, 2006 QCCA 1441, 61 Admin. L.R. (4th) 67.

### Lois et règlements cités

*Code des professions*, RLRQ, c. C-26, art. 23, 26.  
*Law Society Act, 1999*, S.N.L. 1999, c. L-9.1, art. 2(2)(b), (c)(ii).  
*Legal Profession Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-6.1, art. 21(1)(d), (e).  
*Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9, art. 1(1) « practice of law » al. (a), (b).  
*Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 41, 41.1.  
*Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1979, c. 48, art. 72, 127.  
*Loi modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1984, c. 27, art. 49, 51.  
*Loi modifiant la Loi du Barreau*, L.Q. 1973, c. 44, art. 72.  
*Loi sur l'application de la Loi sur la justice administrative*, L.Q. 1997, c. 43.  
*Loi sur la Commission des affaires sociales*, L.R.Q., c. C-34 [abr. 1997, c. 43, art. 184], art. 38.  
*Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3, art. 1, 14, 15, 18, 102, 154, 158.

*Legal Profession Act*, C.C.S.M., c. L107, s. 20(2)(b), (3)(a)(ii).  
*Legal Profession Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. L-2, s. 1 “practice of law” paras. (a), (b)(ii).  
*Legal Profession Act*, R.S.N.W.T. (Nun.) 1988, c. L-2, s. 1 “practice of law” paras. (a), (b)(ii).  
*Legal Profession Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-6.1, s. 21(1)(d), (e).  
*Legal Profession Act*, R.S.Y. 2002, c. 134, s. 1(1) “practice of law” paras. (a), (b)(ii).  
*Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9, s. 1(1) “practice of law” paras. (a), (b).  
*Professional Code*, CQLR, c. C-26, ss. 23, 26.

#### Authors Cited

Cornu, Gérard, dir. *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd. Paris: Presses universitaires de France, 2014, “représenter”.  
 Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.  
 de Kovachich, Hélène. “Le Tribunal administratif du Québec au passé, au présent et au futur”, dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol. 363, *Le TAQ d’hier, d’aujourd’hui et de demain — 15<sup>e</sup> anniversaire du TAQ*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013, 1.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Lemieux, Denis, avec la collaboration de Marjolaine Paré. *Justice administrative: Loi commentée*, 3<sup>e</sup> éd. Brossard, Qué.: Publications CCH, 2009.  
 Québec. Assemblée nationale. Commission des institutions. “Consultation générale dans le cadre de l’étude du projet de loi n<sup>o</sup> 130 — Loi sur la justice administrative”, *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 34, n<sup>o</sup> 64, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 6 février 1996.  
 Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 27, n<sup>o</sup> 107, 4<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 14 juin 1984, p. 7095.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Bich, Morin and Bouchard JJ.A.), 2016 QCCA 536, [2016] AZ-51267764, [2016] J.Q. n<sup>o</sup> 2576 (QL), 2016 CarswellQue 2440 (WL Can.), setting aside a decision of Gendreau J., 2014 QCCS 2226, [2014] AZ-51076682, [2014] J.Q. n<sup>o</sup> 4819 (QL), 2014 CarswellQue 4955 (WL Can.), granting motions for judicial review of decisions of the Administrative Tribunal of Québec, 2012 QCTAQ

*Loi sur la profession d’avocat*, C.P.L.M., c. L107, art. 20(2)(b), (3)(a)(ii).  
*Loi sur la profession d’avocat*, L.R.T.N.-O. 1988, c. L-2, art. 1 « exercice du droit » al. a), b)(ii).  
*Loi sur la profession d’avocat*, L.R.T.N.-O. (Nun.) 1988, c. L-2, art. 1 « exercice du droit » al. a), b)(ii).  
*Loi sur la profession d’avocat*, L.R.Y. 2002, c. 134, art. 1(1) « exercice du droit » al. a), b)(ii).  
*Loi sur la Régie du logement*, RLRQ, c. R-8.1, art. 72, 74, 91.  
*Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.Q. 1979, c. 63, art. 274, 283.  
*Loi sur le Barreau*, RLRQ, c. B-1, art. 128, 129, 141.

#### Doctrine et autres documents cités

Cornu, Gérard, dir. *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., Paris: Presses universitaires de France, 2014, « représenter ».  
 Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2009.  
 de Kovachich, Hélène. « Le Tribunal administratif du Québec au passé, au présent et au futur », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol. 363, *Le TAQ d’hier, d’aujourd’hui et de demain — 15<sup>e</sup> anniversaire du TAQ*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013, 1.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.  
 Lemieux, Denis, avec la collaboration de Marjolaine Paré. *Justice administrative : Loi commentée*, 3<sup>e</sup> éd., Brossard (Qc), Publications CCH, 2009.  
 Québec. Assemblée nationale. Commission des institutions. « Consultation générale dans le cadre de l’étude du projet de loi n<sup>o</sup> 130 — Loi sur la justice administrative », *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 34, n<sup>o</sup> 64, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 6 février 1996.  
 Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 27, n<sup>o</sup> 107, 4<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 14 juin 1984, p. 7095.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Bich, Morin et Bouchard), 2016 QCCA 536, [2016] AZ-51267764, [2016] J.Q. n<sup>o</sup> 2576 (QL), 2016 CarswellQue 2440 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Gendreau, 2014 QCCS 2226, [2014] AZ-51076682, [2014] J.Q. n<sup>o</sup> 4819 (QL), 2014 CarswellQue 4955 (WL Can.), qui avait accueilli des requêtes en révision judiciaire de décisions du Tribunal administratif du

12689, 2013 CanLII 2328, [2012] AZ-50928694, 2013 LNQCTAQ 3 (QL), and 2012 QCTAQ 12713, 2013 CanLII 9887, [2012] AZ-50928693. Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

*Michel Paradis, Sylvie Champagne and Gaston Gauthier*, for the appellant.

*Alexandre Ouellet*, for the respondent.

No one appeared for the intervener the Administrative Tribunal of Québec.

*François Barette, Érik Morissette and Maxime-Arnaud Keable*, for the intervener Ordre des comptables professionnels agréés du Québec.

*Dominic C. Belley*, for the intervener the Chartered Professional Accountants of Canada.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ. delivered by

BROWN J. —

## I. Introduction

[1] This appeal concerns the statutory right of the Minister of Employment and Social Solidarity (“Minister”) to “be represented” before the social affairs division of the Administrative Tribunal of Québec (“ATQ”) by a person who is not an advocate. In particular, the Court must determine whether it was reasonable for the ATQ to conclude that a person who is not an advocate may, on the Minister’s behalf, prepare, draw up and sign motions or other written proceedings intended for use in certain proceedings before that tribunal. For the reasons that follow, I am of the view that it was reasonable for the ATQ to conclude that, under the *Act respecting administrative justice*, CQLR, c. J-3, a person who is not an advocate may, in certain proceedings, do everything that is needed for the representation of the Minister before that tribunal’s social affairs division and that this power is not in conflict with the *Act respecting the Barreau du Québec*, CQLR, c. B-1.

Québec, 2012 QCTAQ 12689, 2013 CanLII 2328, [2012] AZ-50928694, 2013 LNQCTAQ 3 (QL), et 2012 QCTAQ 12713, 2013 CanLII 9887, [2012] AZ-50928693. Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

*Michel Paradis, Sylvie Champagne et Gaston Gauthier*, pour l’appelant.

*Alexandre Ouellet*, pour l’intimé.

Personne n’a comparu pour l’intervenant le Tribunal administratif du Québec.

*François Barette, Érik Morissette et Maxime-Arnaud Keable*, pour l’intervenant l’Ordre des comptables professionnels agréés du Québec.

*Dominic C. Belley*, pour l’intervenante les Comptables professionnels agréés du Canada.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe a été rendu par

LE JUGE BROWN —

## I. Introduction

[1] Ce pourvoi traite du droit reconnu par la loi au ministre de l’Emploi et de la Solidarité sociale (« ministre ») de « se faire représenter » par un non-avocat devant la section des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec (« TAQ »). En particulier, la Cour doit décider s’il était raisonnable pour le TAQ de conclure qu’un non-avocat peut, pour le compte du ministre, préparer, rédiger et signer des requêtes ou autres actes de procédure destinés à servir dans certains recours devant ce tribunal. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis qu’il était raisonnable pour le TAQ de conclure que, en vertu de la *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3, un non-avocat peut, dans le cadre de certains recours, accomplir tout ce qui est nécessaire à la représentation du ministre devant la section des affaires sociales de ce tribunal, et que ce pouvoir n’entre pas en conflit avec la *Loi sur le Barreau*, RLRQ, c. B-1.

## II. Overview of the Facts and the Decisions Below

### A. *Facts*

[2] The ATQ is a tribunal established by the *Act respecting administrative justice*. Its function is to make determinations in respect of various proceedings brought against administrative authorities in Quebec (s. 14 of the *Act respecting administrative justice*). The social affairs division of the ATQ is responsible for making determinations in respect of proceedings pertaining, *inter alia*, to matters of income security or support, and of social aid and allowances (s. 18 of the *Act respecting administrative justice*). The ATQ may, on an application and on certain conditions, review any decision it has made (s. 154 of the *Act respecting administrative justice*).

[3] In January and February 2011, the ATQ's social affairs division made decisions on the granting of social aid in two cases in which the opposing parties were the Minister and individuals. The Minister subsequently applied for a review of those two decisions under s. 154 of the *Act respecting administrative justice*, presenting to the ATQ motions for review that had been prepared, drawn up, signed and filed in the Minister's name by a person who was not an advocate. In both those cases, the individuals in question brought a motion to dismiss on the ground that the Minister's written proceedings had not been prepared by a practising advocate entered on the Roll of the Order of the Barreau du Québec.

[4] The Barreau du Québec intervened in the proceedings before the ATQ and in the courts below to present its interpretation of the scope of the Minister's right to be represented before the ATQ's social affairs division, and it was granted leave to be substituted for the individual litigants in this Court. The Minister has been represented by the Attorney General of Quebec in this Court and in the courts below.

## II. Aperçu des faits et des décisions des juridictions inférieures

### A. *Faits*

[2] Tribunal créé par la *Loi sur la justice administrative*, le TAQ a pour fonction de statuer sur divers recours entrepris contre une autorité administrative au Québec (art. 14 de la *Loi sur la justice administrative*). La section des affaires sociales du TAQ est chargée de statuer sur des recours portant, entre autres, sur des matières de sécurité ou de soutien du revenu et d'aide et d'allocations sociales (art. 18 de la *Loi sur la justice administrative*). Le TAQ peut, sur demande et à certaines conditions, réviser toute décision qu'il a rendue (art. 154 de la *Loi sur la justice administrative*).

[3] En janvier et en février 2011, la section des affaires sociales du TAQ rend des décisions en matière d'octroi d'aide sociale dans deux dossiers opposant le ministre à des citoyens. Le ministre demande par la suite la révision de ces deux décisions en vertu de l'art. 154 de la *Loi sur la justice administrative*, présentant alors au TAQ des requêtes en révision préparées, rédigées, signées et déposées au nom du ministre par un non-avocat. Dans chacun de ces dossiers, les citoyens en cause y opposent une requête en irrecevabilité au motif que les actes de procédure du ministre n'ont pas été préparés et rédigés par un avocat en exercice inscrit au Tableau de l'Ordre du Barreau du Québec.

[4] Le Barreau du Québec est intervenu devant les juridictions inférieures pour faire valoir son interprétation de l'étendue du droit du ministre de se faire représenter devant la section des affaires sociales du TAQ, et il a été autorisé à se substituer aux citoyens en cause devant cette Cour. Le ministre a été représenté devant la Cour et les cours inférieures par la Procureure générale du Québec.

## B. *Legislative Provisions*

### (1) Act respecting the Barreau du Québec

[5] The right to represent others before a court or tribunal is generally reserved to lawyers. In Quebec, the provision of legal services is governed by the *Act respecting the Barreau du Québec*. Section 128 of that Act provides that certain activities, including preparing and drawing up motions and other written proceedings, are the “exclusive prerogative” of advocates and solicitors. It reserves “plead[ing] or act[ing]” before courts or tribunals to practising advocates:

**128.** (1) The following acts, performed for others, shall be the exclusive prerogative of the practising advocate or solicitor:

(a) to give legal advice and consultations on legal matters;

(b) to prepare and draw up a notice, motion, proceeding or other similar document intended for use in a case before the courts;

(c) to prepare and draw up an agreement, petition, by-law, resolution or other similar document relating to the constitution, organization, reorganization or winding-up of a legal person governed by federal or provincial laws respecting legal persons, or the amalgamation of several legal persons or the surrender of a charter.

(2) The following acts, performed for others, shall be the exclusive prerogative of the practising advocate and not of the solicitor:

(a) to plead or act before any tribunal, except before:

(1) a conciliation officer or an arbitrator of disputes or grievances, within the meaning of the Labour Code (chapter C-27);

(2) the Administrative Labour Tribunal;

(3) the Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail established by the Act respecting occupational health and safety (chapter S-2.1), a review board established under the Workers' Compensation Act (chapter A-3) or the social affairs division of the Administrative Tribunal of Québec, instituted under the Act

## B. *Dispositions législatives*

### (1) La Loi sur le Barreau

[5] Le droit de représenter autrui devant les tribunaux est généralement réservé aux avocats. Au Québec, la prestation des services juridiques est régie par la *Loi sur le Barreau*. L'article 128 de cette loi précise que certaines activités, y compris la préparation et la rédaction des requêtes et autres actes de procédure, sont du « ressort exclusif » des avocats et des conseillers en loi; il réserve aux avocats en exercice l'acte de « plaider ou agir » devant les tribunaux :

**128.** 1. Sont du ressort exclusif de l'avocat en exercice ou du conseiller en loi les actes suivants exécutés pour le compte d'autrui :

a) donner des consultations et avis d'ordre juridique;

b) préparer et rédiger un avis, une requête, une procédure et tout autre document de même nature destiné à servir dans une affaire devant les tribunaux;

c) préparer et rédiger une convention, une requête, un règlement, une résolution et tout autre document de même nature se rapportant à la constitution, l'organisation, la réorganisation ou la liquidation d'une personne morale régie par les lois fédérales ou provinciales concernant les personnes morales, ou à l'amalgamation de plusieurs personnes morales ou à l'abandon d'une charte.

2. Sont du ressort exclusif de l'avocat en exercice et non du conseiller en loi les actes suivants exécutés pour le compte d'autrui :

a) plaider ou agir devant tout tribunal, sauf devant :

1° un conciliateur ou un arbitre de différend ou de grief, au sens du Code du travail (chapitre C-27);

2° le Tribunal administratif du travail;

3° la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail instituée par la Loi sur la santé et la sécurité du travail (chapitre S-2.1), un bureau de révision constitué en vertu de la Loi sur les accidents du travail (chapitre A-3) ou la section des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec, institué en vertu de la

respecting administrative justice (chapter J-3), in the case of a proceeding pertaining to compensation for rescuers and victims of crime, a proceeding brought under section 65 of the Workers' Compensation Act or a proceeding brought under section 12 of the Act respecting indemnities for victims of asbestosis and silicosis in mines and quarries (chapter I-7);

(4) the Régie du logement established under the Act respecting the Régie du logement (chapter R-8.1);

(5) the social affairs division of the Administrative Tribunal of Québec, to the extent that the Minister of Employment and Social Solidarity or a body which is his delegatee as regards the application of the Individual and Family Assistance Act (chapter A-13.1.1) is to be represented to plead or act in his or its name;

(6) an arbitration officer, a conciliation officer, a council of arbitration or an investigator within the meaning of the Act respecting labour relations, vocational training and workforce management in the construction industry (chapter R-20);

(7) in matters of immigration, the social affairs division of the Administrative Tribunal of Québec, in the case and subject to the conditions set out in the third paragraph of section 102 of the Act respecting administrative justice;

(b) to prepare and draw up a will or codicil or a discharge or any contract or document, except leases, affecting immovable property and requiring registration or cancellation of a registration in Québec;

(c) to prepare, draw up and file the declaration of value of an estate, required by the taxation laws; this paragraph *c* shall not apply to legal persons authorized by law to act as liquidators of successions or as trustees;

(d) to prepare and draw up a document or proceeding, for registration as prescribed by law, of a person or partnership carrying on a business or operating an industry;

(e) to make collections or make any claim with costs or to imply that judicial proceedings will be taken.

However, the *Act respecting the Barreau du Québec* establishes certain exceptions to the monopoly on practice of advocates and gives the Minister the right “to be represented to plead or act in his . . .

Loi sur la justice administrative (chapitre J-3), s’il s’agit d’un recours portant sur l’indemnisation des sauveteurs et des victimes d’actes criminels, d’un recours formé en vertu de l’article 65 de la Loi sur les accidents du travail ou d’un recours formé en vertu de l’article 12 de la Loi sur l’indemnisation des victimes d’amiantose ou de silicose dans les mines et les carrières (chapitre I-7);

4° la Régie du logement instituée en vertu de la Loi sur la Régie du logement (chapitre R-8.1);

5° la section des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec, dans la mesure où il s’agit pour le ministre de l’Emploi et de la Solidarité sociale, ou pour un organisme qui est son délégué dans l’application de la Loi sur l’aide aux personnes et aux familles (chapitre A-13.1.1), de se faire représenter pour plaider ou agir en son nom;

6° un arbitre, un conciliateur, un conseil d’arbitrage ou un enquêteur, au sens de la Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d’oeuvre dans l’industrie de la construction (chapitre R-20);

7° en matière d’immigration, la section des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec, dans le cas et aux conditions prévus au troisième alinéa de l’article 102 de la Loi sur la justice administrative;

b) préparer et rédiger un testament, un codicille ou une quittance et tout contrat ou document, sauf les baux, affectant des immeubles et requérant l’inscription ou la radiation d’une inscription au Québec;

c) préparer, rédiger et produire la déclaration de la valeur d’une succession, requise par les lois fiscales; le présent sous-paragraphe *c* ne s’applique pas aux personnes morales autorisées par la loi à remplir les fonctions de liquidateur de succession ou de fiduciaire;

d) préparer et rédiger un document ou une procédure pour l’enregistrement prescrit par la loi, d’une personne ou d’une société exploitant un commerce ou exerçant une industrie;

e) faire de la perception ou réclamer avec frais ou suggérer que des procédures judiciaires seront intentées.

La *Loi sur le Barreau* prévoit cependant certaines exceptions au monopole d’exercice des avocats, et donne au ministre le droit « de se faire représenter pour plaider ou agir en son nom » devant la section

name” before the social affairs division of the ATQ (s. 128(2)(a)(5)). Further, s. 129(b) provides that s. 128 does not limit rights that are specifically defined and granted to any person by another law:

**129.** None of the provisions of section 128 shall limit or restrict:

(a) the right of an advocate to perform any other act not expressly forbidden by this Act or the by-laws of the Bar;

(b) the rights specifically defined and granted to any person by any public or private law;

(c) the right of public or private bodies to be represented by their officers, except for the purpose of pleading, before any organization having a quasi-judicial function;

(d) the right of secretaries or assistant-secretaries of legal persons established for a private interest or in the public interest to draw up the minutes of meetings of directors or shareholders and all other documents which they are authorized to draw up in virtue of federal or provincial laws;

(e) the right of a practising notary to perform the acts therein set forth except those contemplated in paragraph *b* of subsection 1, other than in non-contentious matters, and in paragraphs *a* and *e* of subsection 2; but a practising notary may imply that judicial proceedings will be taken.

(2) Act respecting administrative justice

[6] The second paragraph of s. 102 of the *Act respecting administrative justice* grants the Minister the right to “be represented by the person of his . . . choice before the social affairs division” of the ATQ:

**102.** The parties may be represented by the person of their choice before the social affairs division, in the case of a proceeding pertaining to compensation for rescuers and victims of crime, a proceeding under section 65 of the Workmen’s Compensation Act (chapter A-3) or a proceeding under section 12 of the Act respecting indemnities for victims of asbestosis and silicosis in mines and quarries (chapter I-7); however, a professional who has been removed from the roll or declared disqualified to practise, or whose right to engage in professional activities has been

des affaires sociales du TAQ (art. 128(2)a)5°). De plus, l’art. 129b) précise que l’art. 128 ne limite pas les droits qui sont spécifiquement définis et donnés à toute personne par d’autres lois :

**129.** Aucune des dispositions de l’article 128 ne limite ou restreint :

a) le droit de l’avocat d’accomplir tout autre acte non expressément interdit par la présente loi et les règlements du Barreau;

b) les droits spécifiquement définis et donnés à toute personne par toute loi d’ordre public ou privé;

c) le droit des organismes publics ou privés de se faire représenter par leurs dirigeants, sauf aux fins de plaidoirie, devant tout organisme exerçant une fonction quasi judiciaire;

d) le droit des secrétaires ou secrétaires adjoints des personnes morales de droit public ou de droit privé de rédiger les procès-verbaux des assemblées d’administrateurs ou d’actionnaires et tous autres documents qu’ils sont autorisés à rédiger par les lois fédérales ou provinciales;

e) le droit du notaire en exercice de poser les actes qui y sont énumérés à l’exception de ceux qui sont prévus au sous-paragraphe *b* du paragraphe 1 lorsqu’il ne s’agit pas de matières non contentieuses, et aux sous-paragraphe *a* et *e* du paragraphe 2; toutefois le notaire en exercice peut suggérer que des procédures judiciaires seront intentées.

(2) La Loi sur la justice administrative

[6] Le deuxième alinéa de l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* accorde au ministre le droit de « se faire représenter par une personne de son choix devant la section des affaires sociales » du TAQ :

**102.** Les parties peuvent se faire représenter par une personne de leur choix devant la section des affaires sociales, s’il s’agit d’un recours portant sur l’indemnisation des sauveteurs et des victimes d’actes criminels, d’un recours formé en vertu de l’article 65 de la Loi sur les accidents du travail (chapitre A-3) ou d’un recours formé en vertu de l’article 12 de la Loi sur l’indemnisation des victimes d’amiantose ou de silicose dans les mines et les carrières (chapitre I-7); néanmoins le professionnel radié, déclaré inhabile à exercer sa profession ou dont le droit d’exercer



restricted or suspended in accordance with the Professional Code (chapter C-26) or any legislation governing a profession may not act as a representative.

The Minister of Employment and Social Solidarity or a body which is the Minister's delegatee for the purposes of the Individual and Family Assistance Act (chapter A-13.1.1) may be represented by the person of his or its choice before the social affairs division in the case of a proceeding brought under that Act or this Act in a matter of income security or support or social aid and allowances.

The applicant may, before the social affairs division in the case of a proceeding in a matter of immigration, be represented by a relative or by a non-profit organization devoted to the defense or interests of immigrants, if he is unable to be present himself by reason of absence from Québec. In the latter case, the mandatary must provide the Tribunal with a mandate in writing, signed by the person represented, indicating the gratuitous nature of the mandate.

### C. *Judicial History*

- (1) Decisions of the ATQ — 2012 QCTAQ 12713, 2013 CanLII 9887, and 2012 QCTAQ 12689, 2013 CanLII 2328

[7] The ATQ dismissed the two motions to dismiss concerning the motions for review that had been filed in the Minister's name. It concluded that a person representing the Minister who is not an advocate has the power to prepare motions for review under s. 102 of the *Act respecting administrative justice* and that this power is not limited by the *Act respecting the Barreau du Québec*, because the Minister's right to be represented for the purpose of "plead[ing] or act[ing]" under s. 128(2)(a)(5) of the *Act respecting the Barreau du Québec* encompasses both oral and written representation (2012 QCTAQ 12689, at paras. 20-26). Moreover, s. 102 of the *Act respecting administrative justice* must be interpreted in light of s. 129(b) of the *Act respecting the Barreau du Québec*, and the wording of s. 102 is broader than that of s. 128(2)(a)(5) of the *Act respecting the Barreau du Québec* (2012 QCTAQ 12689, at paras. 28-29). The ATQ concluded that the power of a person who is not an advocate to represent the Minister under

des activités professionnelles a été limité ou suspendu en application du Code des professions (chapitre C-26) ou d'une loi professionnelle ne peut agir comme représentant.

Le ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale ou un organisme qui est son délégué dans l'application de la Loi sur l'aide aux personnes et aux familles (chapitre A-13.1.1) peut se faire représenter par une personne de son choix devant la section des affaires sociales, s'il s'agit d'un recours exercé en vertu de cette loi ou de la présente loi en matière de sécurité ou soutien du revenu, d'aide et d'allocations sociales.

Le requérant peut, devant la section des affaires sociales s'il s'agit d'un recours en matière d'immigration, se faire représenter par un parent ou par un organisme sans but lucratif voué à la défense ou aux intérêts des immigrants, s'il ne peut se présenter lui-même du fait qu'il ne se trouve pas au Québec. Dans ce dernier cas, le mandataire doit fournir au Tribunal un mandat écrit, signé par la personne qu'il représente, indiquant la gratuité du mandat.

### C. *Historique judiciaire*

- (1) Décisions du TAQ — 2012 QCTAQ 12713, 2013 CanLII 9887, et 2012 QCTAQ 12689, 2013 CanLII 2328

[7] Le TAQ rejette les deux requêtes en irrecevabilité visant les requêtes en révision soumises au nom du ministre. Il conclut qu'un non-avocat représentant le ministre est autorisé à préparer et rédiger des requêtes en révision en vertu de l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*, et que ce pouvoir n'est pas limité par la *Loi sur le Barreau*, puisque le droit du ministre de se faire représenter pour « plaider ou agir » reconnu à l'art. 128(2)a)5° de la *Loi sur le Barreau* comprend à la fois la représentation de vive voix et la représentation par écrit (2012 QCTAQ 12689, par. 20-26). De plus, l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* doit s'interpréter à la lumière de l'art. 129b) de la *Loi sur le Barreau*, et le libellé de l'art. 102 est plus large que celui de l'art. 128(2)a)5° de la *Loi sur le Barreau* (2012 QCTAQ 12689, par. 28-29). Selon le TAQ, le pouvoir de représentation du non-avocat prévu à l'art. 102 inclut tous les actes qui sont habituellement du ressort de l'avocat lorsqu'il représente un client devant les tribunaux, y

s. 102 includes all acts that are normally within the prerogative of an advocate who represents a client before a court or tribunal, including drawing up and preparing motions or other written proceedings.

(2) Judgment of the Quebec Superior Court — 2014 QCCS 2226

[8] The individuals involved in the cases before the ATQ applied, with the Barreau’s support, to the Quebec Superior Court for judicial review of the ATQ’s decisions. The Superior Court began by considering the standard of review, and it concluded that the standard applicable to the ATQ’s decisions was correctness. It noted that there was a privative clause, but decided that the question before it created a conflict between the *Act respecting administrative justice* and the *Act respecting the Barreau du Québec*, a statute of public order. In its view, the fundamental issue concerned the interpretation of the exception established by s. 128(2)(a)(5) of the *Act respecting the Barreau du Québec*. The Superior Court found that this issue was [TRANSLATION] “outside the context of the ATQ’s exclusive jurisdiction” (para. 33 (CanLII)) and that such an exception to the *Act respecting the Barreau du Québec* must be interpreted “narrowly, consistently and uniformly” (para. 37). In its view, the ATQ “has no special expertise or experience in this area” (para. 35).

[9] On the scope of the “represent[ation]” provided for in s. 102 of the *Act respecting administrative justice*, the Superior Court focused its analysis on s. 128 of the *Act respecting the Barreau du Québec*, which distinguishes two classes of activities: “prepar[ing] and draw[ing] up” documents intended for use before the courts, which is dealt with in s. 128(1), and “plead[ing] or act[ing] before any tribunal”, which is dealt with in s. 128(2). This second class has seven exceptions, one of which is the Minister’s right under s. 128(2)(a)(5) to be represented by a person who is not an advocate for the purpose of pleading or acting before the social affairs division of the ATQ. The first class, on the other hand, the one that includes the preparation and drawing up of motions, [TRANSLATION] “has no exceptions” (para. 45). On this basis, the Superior Court concluded that the power of a person chosen to represent

compris la rédaction et la préparation de requêtes ou autres actes de procédure.

(2) Jugement de la Cour supérieure du Québec — 2014 QCCS 2226

[8] Les citoyens en cause dans les dossiers du TAQ, appuyés par le Barreau, présentent une demande en révision judiciaire des décisions du TAQ auprès de la Cour supérieure du Québec. Cette dernière se penche d’abord sur la norme de contrôle, et conclut que la norme applicable aux décisions du TAQ est celle de la décision correcte. Elle note la présence d’une clause privative, mais statue que la question soumise met en conflit la *Loi sur la justice administrative* et la *Loi sur le Barreau*, une loi d’ordre public. À son avis, la question fondamentale en jeu est l’interprétation de l’exception créée par l’art. 128(2)a)5° de la *Loi sur le Barreau*. La Cour supérieure juge que cette question est « hors contexte de la compétence exclusive du TAQ » (par. 33 (CanLII)), et qu’une telle exception à la *Loi sur le Barreau* doit être interprétée d’une manière « restrictive, cohérente et uniforme » (par. 37). D’après la Cour supérieure, le TAQ « ne possède aucune expertise ou expérience spéciale en ce domaine » (par. 35).

[9] Sur la question de l’étendue de la « représent[ation] » prévue à l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*, la Cour supérieure centre son analyse sur l’art. 128 de la *Loi sur le Barreau*, qui distingue les deux catégories d’activités suivantes : « préparer et rédiger » des documents destinés à servir devant les tribunaux dont traite l’art. 128(1), et « plaider ou agir devant tout tribunal » dont traite l’art. 128(2). Cette deuxième catégorie est assortie de sept exceptions, dont le droit du ministre de se faire représenter par un non-avocat pour plaider ou agir devant la section des affaires sociales du TAQ en vertu de l’art. 128(2)a)5°. Pourtant, la première catégorie, soit celle qui comporte la préparation et la rédaction des requêtes, « ne souffre d’aucune exception » (par. 45). Sur cette base, la Cour supérieure conclut que le pouvoir d’un non-avocat choisi pour représenter le ministre, « qui doit s’interpréter restrictivement, ne

the Minister who is not an advocate, “which must be narrowly construed, can concern only the power to plead or act before the ATQ’s social affairs division, that is, [s. 128(2)] of the *Act respecting the Barreau du Québec*” (para. 47), and that the act of “plead[ing] or act[ing]” before a court or tribunal does not include the preparation and drawing up of motions. On the subject of s. 129(b) of the *Act respecting the Barreau du Québec*, which concerns rights that are “specifically defined and granted” by any other law, the Superior Court was of the view that the only *specific* right granted to the Minister is based on s. 128(2)(a)(5) of that Act.

[10] In short, the Superior Court held that a person chosen by the Minister to represent him or her who is not an advocate may plead or act orally before the ATQ’s social affairs division, but that only an advocate or a solicitor may prepare and draw up the related written proceedings. It accordingly dismissed the motions for review filed in the Minister’s name in the two cases in question, declaring them to be null.

(3) Judgment of the Quebec Court of Appeal — 2016 QCCA 536

[11] The Attorney General of Quebec appealed the Superior Court’s judgment to the Quebec Court of Appeal, arguing that the Superior Court had erred on the standard of review and on the scope of the Minister’s right to be represented by a person of his or her choice. The Court of Appeal allowed the appeal and set aside the Superior Court’s judgment.

[12] On the standard of review, the Court of Appeal was of the view that the Superior Court had erred in applying the correctness standard. It noted that the ATQ is protected by a privative clause, that it has exclusive jurisdiction over social aid and that s. 15 of the *Act respecting administrative justice* authorizes it “to decide any question of law or fact necessary for the exercise of its jurisdiction” (para. 31 (CanLII)). Citing *Ontario (Community Safety and Correctional Services) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, 2014 SCC 31, [2014] 1 S.C.R. 674, the Court of Appeal held that the fact

peut concerner que le pouvoir de plaider ou d’agir devant le TAQ, section des affaires sociales, soit [l’art. 128(2)] de la *Loi sur le Barreau* » (par. 47), et que l’acte de « plaider ou agir » devant les tribunaux ne comprend pas la préparation et la rédaction de requêtes. En ce qui concerne l’art. 129b) de la *Loi sur le Barreau*, qui reconnaît les droits « spécifiquement définis et donnés » par toute autre loi, la Cour supérieure est d’avis que le seul droit *spécifique* accordé au ministre repose sur l’art. 128(2)a)<sup>5°</sup> de la *Loi sur le Barreau*.

[10] En somme, la Cour supérieure décide qu’un non-avocat choisi par le ministre pour le représenter peut plaider ou agir oralement devant la section des affaires sociales du TAQ, mais que seul un avocat ou un conseiller en loi peut préparer et rédiger les actes de procédure y afférents. En conséquence, la cour déclare irrecevables et nulles les requêtes en révision déposées au nom du ministre dans les deux dossiers en cause.

(3) Arrêt de la Cour d’appel du Québec — 2016 QCCA 536

[11] La Procureure générale du Québec interjette appel du jugement de la Cour supérieure devant la Cour d’appel du Québec, et plaide que la Cour supérieure a fait erreur au sujet de la norme de contrôle et de l’étendue du droit du ministre de se faire représenter par la personne de son choix. La cour accueille l’appel et infirme le jugement de la Cour supérieure.

[12] Relativement à la norme de contrôle, la Cour d’appel est d’avis que la Cour supérieure a commis une erreur en appliquant la norme de la décision correcte. Elle souligne que le TAQ bénéficie d’une clause privative, qu’il détient une compétence exclusive en matière d’aide sociale et que l’art. 15 de la *Loi sur la justice administrative* lui permet « de décider [de] toute question de droit ou de fait nécessaire à l’exercice de sa compétence » (par. 31 (CanLII)). S’appuyant sur l’arrêt *Ontario (Sécurité communautaire et Services correctionnels) c. Ontario (Commissaire à l’information et à la protection*

that the ATQ had to [TRANSLATION] “bear [the *Act respecting the Barreau du Québec*] in mind” in interpreting s. 102 of the *Act respecting administrative justice* did not have the effect of removing the issue from the tribunal’s jurisdiction (para. 32). The issue the ATQ had to resolve “is not a question of general law that is of central importance to the legal system as a whole and lies outside its specialized area of expertise” (para. 34).

[13] The Court of Appeal also expressed the view that the Superior Court had erred in reversing the ATQ’s decisions. It identified two possible interpretations of the Minister’s right to be represented by a person who is not an advocate — one based on the extension of this right by a 1973 legislative amendment that had added the word “act” to the word “plead” in s. 128 of the *Act respecting the Barreau du Québec*, and the other based on s. 129 of that Act — and both of them led to the same result, that a person representing the Minister who is not an advocate *may* prepare, draw up and sign motions or written proceedings intended for use before the ATQ’s social affairs division. The Court of Appeal concluded that, regardless of the applicable standard of review, the decisions of the ATQ, which had in fact combined these two possible interpretations, were acceptable.

### III. Analysis

#### A. *Standard of Review*

[14] The first issue is that of the applicable standard of review. The reason why the Superior Court and the Court of Appeal did not apply the same standard is that they characterized the subject matter of the case differently. In my view, this difference between the courts below stems from the fact that they approached their analysis of the question before them from different perspectives. The Superior Court found that the statutory interpretation issue pertained primarily to the *Act respecting the Barreau du Québec*, whereas the Court of Appeal considered that issue from the standpoint of s. 102 of the *Act respecting administrative justice*. With all due respect, I consider the latter approach to be the

*de la vie privée*), 2014 CSC 31, [2014] 1 R.C.S. 674, la Cour d’appel juge que le fait pour le TAQ d’interpréter l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* « en ayant en tête » la *Loi sur le Barreau* n’a pas pour effet de soustraire la question en jeu du champ de compétence de ce tribunal (par. 32). La question sur laquelle le TAQ devait se pencher « n’est pas une question de droit générale d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère à son domaine d’expertise » (par. 34).

[13] La Cour d’appel exprime aussi l’avis que la Cour supérieure a fait erreur en renversant les décisions du TAQ. Elle fait état de deux interprétations possibles du droit du ministre de se faire représenter par un non-avocat — l’une basée sur l’élargissement de ce droit par la modification législative de 1973 qui a ajouté le terme « agir » à celui de « plaider » à l’art. 128 de la *Loi sur le Barreau*, l’autre découlant de l’art. 129 de la *Loi sur le Barreau* —, interprétations qui mènent toutes deux au même résultat, à savoir que le non-avocat représentant le ministre *peut* préparer, rédiger et signer des requêtes ou des procédures destinées à servir devant la section des affaires sociales du TAQ. La Cour d’appel conclut que, peu importe la norme de contrôle applicable, les décisions du TAQ, qui a en fait combiné ces deux interprétations possibles, sont acceptables.

### III. Analyse

#### A. *La norme de contrôle*

[14] La première question qui se pose est celle de la détermination de la norme de contrôle applicable. Si la Cour supérieure et la Cour d’appel n’ont pas appliqué la même norme, c’est parce qu’elles ont qualifié différemment l’objet véritable du litige. Cette divergence entre les juridictions inférieures découle à mon avis du fait qu’elles ont abordé leur analyse de la question soumise à partir de points de vue différents. La Cour supérieure a considéré que la question d’interprétation législative visait principalement la *Loi sur le Barreau*, tandis que la Cour d’appel a examiné cette question sous l’angle de l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*. À mon avis, et soit dit en tout respect, la dernière

correct one. As I will explain, as a result of s. 129(b) of the *Act respecting the Barreau du Québec*, s. 128 of that Act in no way limits the scope of s. 102 of the *Act respecting administrative justice*. The central issue before the ATQ had been whether the Minister's right to "be represented" that is provided for in s. 102 includes the preparation and drawing up of written proceedings or motions intended for use before the ATQ's social affairs division. The applicable standard in this regard is reasonableness.

[15] Unless the jurisprudence already contains a satisfactory determination of the applicable standard of review (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 62), a court must presume, in reviewing a decision in which a specialized administrative tribunal has interpreted and applied its enabling statute or a statute with a close connection to its function, that the reasonableness standard applies (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34). In the instant case, there is no satisfactory precedent. The decision cited by the Barreau on this point (*Harvey v. Guerreiro*, [2005] R.J.Q. 1817 (C.Q.)) is not applicable, as it concerned provisions of the *Act respecting the Régie du logement*, CQLR, c. R-8.1, ss. 72 and 74, that differed from the ones at issue here and appeared in a statute that included a weaker privative clause than the one that applies to the ATQ (*ibid.*, s. 91; compare s. 158 of the *Act respecting administrative justice*).

[16] The reasonableness standard must therefore be presumed to apply, given that the central issue entails the interpretation of s. 102 of the *Act respecting administrative justice*, which is in the ATQ's enabling statute and which sets out procedural rules that apply in proceedings before it. It is true that, as the Court of Appeal put it, the ATQ had to bear the *Act respecting the Barreau du Québec* [TRANSLATION] "in mind" in interpreting s. 102. But this does not have the effect of removing the issue from the ATQ's jurisdiction and expertise; quite the contrary. It instead shows that the *Act respecting the Barreau du Québec* has a "close connection" to the ATQ's function. Indeed, s. 128(2)(a)(5) of that

approche est la bonne. Comme je l'expliquerai, en raison de l'art. 129b) de la *Loi sur le Barreau*, l'art. 128 de cette même loi ne limite aucunement la portée de l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*. La question centrale que devait trancher le TAQ consistait à décider si le droit du ministre de « se faire représenter » prévu à l'art. 102 inclut la préparation et la rédaction de procédures ou de requêtes destinées à servir devant la section des affaires sociales du TAQ. La norme de la décision raisonnable s'applique à cette question.

[15] À moins que la jurisprudence n'ait déjà établi de manière satisfaisante la norme de contrôle applicable (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 62), la cour appelée à réviser la décision d'un tribunal administratif spécialisé qui interprète et applique sa loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat doit présumer que la norme de la décision raisonnable s'applique (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34). Ici, aucun précédent satisfaisant n'existe. La décision que le Barreau soumet à ce chapitre (*Harvey c. Guerreiro*, [2005] R.J.Q. 1817 (C.Q.)) n'est pas applicable. Elle met en cause des dispositions de la *Loi sur la Régie du logement*, RLRQ, c. R-8.1, art. 72 et 74, qui diffèrent de celles qui nous occupent ici et qui figurent dans une loi assortie d'une clause privative moins étanche que celle dont bénéficie le TAQ (*ibid.*, art. 91; comparer l'art. 158 de la *Loi sur la justice administrative*).

[16] Il faut par conséquent présumer que la norme de la décision raisonnable s'applique, puisque la question centrale en litige porte sur l'interprétation de l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*, lequel fait partie de la loi constitutive du TAQ et traite des règles de procédure applicables aux instances se déroulant devant lui. Pour emprunter l'expression de la Cour d'appel, il est vrai que le TAQ devait garder « en tête » la *Loi sur le Barreau* en interprétant l'art. 102. Mais cela n'a pas pour effet de soustraire la question en jeu au champ de compétence et d'expertise du TAQ, bien au contraire. Cette constatation démontre plutôt que la *Loi sur le Barreau* est « étroitement liée » au mandat du TAQ.

Act refers expressly to the ATQ and establishes a procedural rule that applies in proceedings before it. Moreover, the ATQ clearly has to refer to the *Act respecting the Barreau du Québec* often in the performance of its function. As the Attorney General pointed out in this Court, the ATQ has had to interpret ss. 128 and 129 of the *Act respecting the Barreau du Québec* in many recent decisions, and it had to decide the very question that is raised in this appeal in *P.S. v. Québec (Emploi et Solidarité sociale)*, 2010 QCTAQ 11404, 2010 CanLII 70683.

[17] The Barreau nonetheless argues that the issue to be resolved in the case at bar is a question that is of central importance to the legal system as a whole and lies outside the ATQ's specialized area of expertise, which in its view rebuts the presumption in favour of the reasonableness standard. In so arguing, the Barreau likens that issue to the one related to solicitor-client privilege that this Court found to be a question of central importance to the legal system as a whole in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555. The Barreau submits that the scope of the exceptions that authorize parties to have recourse to the services of persons who are not advocates in proceedings before a court or tribunal is of similar importance.

[18] It is true that the Barreau's role in regulating the representation of others before a court or tribunal is of obvious importance (*Fortin v. Chrétien*, 2001 SCC 45, [2001] 2 S.C.R. 500, at para. 21), but this does not mean that every question touching on this subject is automatically one of central importance to the legal system as a whole. In the instant case, what the ATQ had to do was not to determine the overall scope of the monopoly of advocates on the provision of legal services. Rather, it had to determine the scope of a narrow exception that had been established by the Quebec legislature in order to allow the Minister to be represented by a person who is not an advocate in certain proceedings before the ATQ's social affairs division. The impact of this case is limited, and in the final analysis, the issue quite simply does not come close to being a question of

De fait, l'art. 128(2)a)5° de cette loi mentionne explicitement ce tribunal et établit une règle de procédure applicable aux instances devant lui. D'ailleurs, il est acquis que le TAQ doit souvent se référer à la *Loi sur le Barreau* dans l'exécution de son mandat. Comme la Procureure générale l'a fait remarquer devant cette Cour, le TAQ a eu à interpréter les art. 128 et 129 de la *Loi sur le Barreau* dans de nombreuses décisions récentes et a déjà eu à trancher la question même que soulève le présent pourvoi dans l'affaire *P.S. c. Québec (Emploi et Solidarité sociale)*, 2010 QCTAQ 11404, 2010 CanLII 70683.

[17] Le Barreau soutient néanmoins que la question à trancher dans le cas qui nous occupe est une question d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise du TAQ, ce qui repousserait la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable. Ce faisant, il la compare à la question liée au secret professionnel de l'avocat reconnue par cette Cour comme étant une question d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555. Le Barreau estime que la portée des exceptions autorisant les justiciables à recourir aux services de non-avocats dans le cadre de recours devant les tribunaux est d'une importance similaire.

[18] Certes, le rôle du Barreau dans la réglementation de la représentation d'autrui devant les tribunaux est d'une importance évidente (*Fortin c. Chrétien*, 2001 CSC 45, [2001] 2 R.C.S. 500, par. 21), mais cela ne signifie pas que toutes les questions qui effleurent ce domaine deviennent automatiquement des questions d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble. En l'espèce, le TAQ n'était pas appelé à déterminer l'étendue générale du monopole des avocats sur les services juridiques. Il devait plutôt déterminer la portée d'une exception étroite, qui a été établie par le législateur québécois afin de permettre au ministre de se faire représenter par un non-avocat à l'occasion de certains recours devant la section des affaires sociales du TAQ. L'impact de la présente instance est limité et, en fin de compte, la question en litige ne s'approche tout simplement

central importance to the legal system as a whole. Moreover, the interpretation of s. 102 of the *Act respecting administrative justice* falls squarely within the ATQ's expertise.

[19] Furthermore, and with all due respect, I disagree with the opinion expressed by my colleague Côté J. at para. 52 of her reasons that the ATQ could render inconsistent decisions on the subject of the exceptions that authorize litigants to have recourse to the services of people who are not advocates. The opposite is in fact true, as the ATQ's recent decisions with regard to such exceptions are consistent (see for example *Bélanger v. Saint-Marcel (Municipalité)*, 2013 QCTAQ 01912, 2013 CanLII 5734; *P.S.*; and the two decisions in the instant case). No one is suggesting here that there is any divergence in the ATQ's decisions on the question before us. In addition, the importance my colleague attaches to the mere possibility of the ATQ rendering conflicting decisions on this point is contrary to this Court's recent jurisprudence (*Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, at para. 17).

[20] The Barreau also argues, citing *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591, that the issue the ATQ had to resolve entails an assessment of the compatibility of the *Act respecting administrative justice* and the *Act respecting the Barreau du Québec*, a question to which the standard of correctness should apply.

[21] *Lévis* is of no assistance to the Barreau. In it, the Court was dealing with a decision of a grievance arbitrator who had had to consider two statutes that were actually in conflict in that each of them provided for different consequences for criminal conduct by municipal police officers in Quebec. On the one hand, s. 119 para. 2 of the *Police Act*, R.S.Q., c. P-13.1, provided for the dismissal of any police officer who was convicted of a serious criminal offence unless the officer showed that specific circumstances justified another sanction. On the other hand, s. 116(6) of the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, provided that any person convicted of a

pas d'une question qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble. En outre, l'interprétation de l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* demeure au cœur de l'expertise du TAQ.

[19] Par ailleurs, et soit dit en tout respect, je ne partage pas l'avis exprimé par ma collègue le juge Côté, au par. 52 de ses motifs, selon lequel le TAQ risque de rendre des décisions incohérentes au sujet des exceptions permettant aux justiciables de recourir aux services de non-avocats. Au contraire, les décisions récentes du TAQ en ce qui concerne ces exceptions sont cohérentes (voir par exemple *Bélanger c. Saint-Marcel (Municipalité)*, 2013 QCTAQ 01912, 2013 CanLII 5734; *P.S.*; ainsi que les deux décisions en l'espèce). Personne ne suggère ici qu'il existe une quelconque divergence dans la jurisprudence du TAQ sur la question qui nous occupe. De plus, l'importance que ma collègue accorde au seul fait que le TAQ puisse rendre des décisions contradictoires sur ce même point est contraire à la jurisprudence récente de notre Cour (*Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, par. 17).

[20] Le Barreau plaide aussi, en s'appuyant sur l'arrêt *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591, que la question que devait trancher le TAQ porte sur l'appréciation de la compatibilité entre la *Loi sur la justice administrative* et la *Loi sur le Barreau*, une question qui devrait être assujettie à la norme de la décision correcte.

[21] L'arrêt *Lévis* n'est d'aucun secours pour le Barreau. Dans cette affaire, la Cour était appelée à statuer sur la décision d'un arbitre de griefs qui avait dû considérer deux lois qui entraînent réellement en conflit en ce que chacune prévoyait des conséquences distinctes en cas de conduite criminelle de la part de policiers municipaux au Québec. D'une part, l'art. 119 al. 2 de la *Loi sur la police*, L.R.Q., c. P-13.1, prévoyait la destitution de tout policier reconnu coupable d'une infraction criminelle grave, à moins que ce dernier n'ait démontré que des circonstances particulières justifiaient une autre sanction. D'autre part, l'art. 116(6) de la *Loi sur les cités*

similar type of offence was disqualified from municipal employment, and under it there was no exception. The Court applied the correctness standard to the issue of the “compatibility” of the two statutes (para. 23).

[22] In the case at bar, however, the issue does not concern the compatibility of two conflicting statutes. As I will explain, as a result of s. 129(b) of the *Act respecting the Barreau du Québec*, there is no conflict between s. 102 of the *Act respecting administrative justice* and the *Act respecting the Barreau du Québec*. Section 102 grants the Minister a right to be represented before the ATQ’s social affairs division by a person who is not an advocate, and s. 129(b) confirms that such exceptions are acceptable under the *Act respecting the Barreau du Québec*.

[23] Finally, the Court recently reiterated that the presumption in favour of the reasonableness standard can sometimes be rebutted “where a contextual analysis reveals that the legislature clearly intended not to protect the tribunal’s jurisdiction in relation to certain matters” (*Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 46; see also *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at para. 32; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at para. 16). That being said, the presumption is not rebutted in the instant case. Aside from the foregoing (in paras. 14 et seq.), the Barreau advances no other arguments in this regard. This Court has pointed out in the past that the ATQ is a “highly sophisticated” administrative tribunal, “similar in many ways to Canadian courts of law” (*Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257, at para. 23). Its enabling statute authorizes it to “decide any question of law or fact necessary for the exercise of its jurisdiction” (s. 15 of the *Act respecting administrative justice*), and its jurisdiction includes proceedings pertaining to the granting of social aid (s. 18 of the *Act respecting administrative justice*). It is therefore clear that the legislature intended the ATQ to be able

*et villes*, L.R.Q., c. C-19, précisait que toute personne déclarée coupable d’une infraction semblable était inhabile à occuper une charge d’employé de la municipalité, et ce, sans exception. Cette Cour a appliqué la norme de contrôle de la décision correcte à la question de la « compatibilité » des deux lois (par. 23).

[22] En l’espèce, cependant, la question en litige ne met pas en cause la compatibilité de deux lois en conflit. Comme je l’expliquerai, en raison de l’art. 129b) de la *Loi sur le Barreau*, il n’existe aucun conflit entre l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* et la *Loi sur le Barreau*. L’article 102 accorde au ministre le droit de se faire représenter par un non-avocat devant la section des affaires sociales du TAQ, et l’art. 129b) confirme que de telles exceptions sont reconnues par la *Loi sur le Barreau*.

[23] Enfin, la Cour a récemment réitéré que la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable peut parfois être repoussée « lorsqu’une analyse contextuelle révèle une intention claire du législateur de ne pas protéger la compétence du tribunal à l’égard de certaines questions » (*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 46; voir aussi *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, par. 32; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 16). Cela dit, la présomption n’est pas repoussée en l’espèce. Outre tout ce qui précède (aux par. 14 et suiv.), le Barreau n’avance aucun autre argument en ce sens. Notre Cour a déjà fait observer que le TAQ est un tribunal administratif « fort complexe » et « semblable à plusieurs égards aux cours de justice du Canada » (*Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257, par. 23). Sa loi constitutive l’autorise à « décider toute question de droit ou de fait nécessaire à l’exercice de sa compétence » (art. 15 de la *Loi sur la justice administrative*), et sa compétence inclut les recours liés à l’octroi de l’aide sociale (art. 18 de la *Loi sur la justice administrative*). Il est donc évident que le législateur a voulu que le TAQ puisse trancher



to decide any question related to proceedings pertaining to social aid, including any question related to the Minister's right to "be represented" before the social affairs division.

[24] I therefore agree with the Court of Appeal and the Attorney General that the standard of review applicable to the ATQ's decisions is reasonableness.

*B. Minister's Right to Be Represented by a Person of His or Her Choice*

[25] Section 102 of the *Act respecting administrative justice* grants the Minister the right to "be represented by the person of his . . . choice before the social affairs division in the case of a proceeding brought under [the *Individual and Family Assistance Act*, CQLR, c. A-13.1.1] or [the *Act respecting administrative justice*] in a matter of income security or support or social aid and allowances". As I explained above, this appeal concerns the scope of this right to "be represented", and what must be determined is whether it was reasonable for the ATQ to conclude that the right in question includes, in addition to oral representation, the preparation and drawing up of motions or other written proceedings. In my view, the ATQ's conclusion is reasonable, as it falls within "a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law" (*Dunsmuir*, at para. 47), including in respect of the applicable principles of interpretation.

[26] The words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of the legislature (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, and *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). The interpretation of Quebec legislation is also governed by ss. 41 and 41.1 of the *Interpretation Act*, CQLR, c. I-16:

**41.** Every provision of an Act is deemed to be enacted for the recognition of rights, the imposition of obligations or

toute question liée aux recours en matière d'aide sociale, y compris les questions qui porteraient sur le droit du ministre de « se faire représenter » devant la section des affaires sociales.

[24] Je suis donc d'accord avec la Cour d'appel et la Procureure générale pour conclure que la norme de contrôle applicable aux décisions du TAQ est celle de la décision raisonnable.

*B. Le droit du ministre de se faire représenter par une personne de son choix*

[25] L'article 102 de la *Loi sur la justice administrative* confère au ministre le droit de « se faire représenter par une personne de son choix devant la section des affaires sociales, s'il s'agit d'un recours exercé en vertu de [la *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*, RLRQ, c. A-13.1.1] ou de la [*Loi sur la justice administrative*] en matière de sécurité ou soutien du revenu, d'aide et d'allocations sociales ». Comme je l'ai expliqué précédemment, le présent appel concerne l'étendue de ce droit de « se faire représenter » et vise à décider s'il était raisonnable pour le TAQ de conclure que, en plus des actes de représentation de vive voix, ce droit comprend la préparation et la rédaction de requêtes ou autres actes de procédure. À mon avis, cette conclusion est raisonnable puisqu'elle appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47), entre autres au regard des principes d'interprétation applicables.

[26] Il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, son objet et l'intention du législateur (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, et *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87). L'interprétation des lois du Québec est aussi régie par les art. 41 et 41.1 de la *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16 :

**41.** Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations

the furtherance of the exercise of rights, or for the remedying of some injustice or the securing of some benefit.

Such statute shall receive such fair, large and liberal construction as will ensure the attainment of its object and the carrying out of its provisions, according to their true intent, meaning and spirit.

**41.1.** The provisions of an Act are construed by one another, ascribing to each provision the meaning which results from the whole Act and which gives effect to the provision.

[27] Section 102 of the *Act respecting administrative justice* grants the Minister a right to “be represented”. I am of the view that, in the legal context, the ordinary sense of the verb “represent” normally covers *all* aspects of the representation of others before a court or tribunal. For example, Cornu gives the following definition of “représenter” (“represent”): [TRANSLATION] “To replace a person in the exercise of the person’s rights” (G. Cornu, ed., *Vocabulaire juridique* (10th ed. 2014), at p. 905). In this sense, representation includes both oral representation, such as pleading before a tribunal, and written representation, such as preparing and drawing up written proceedings. It follows that s. 102 of the *Act respecting administrative justice*, read in the grammatical and ordinary sense of its words, grants the Minister the right to be represented before the social affairs division of the ATQ both for the purpose of preparing and drawing up motions and other written proceedings and for that of oral representation. This interpretation, according to which the Minister’s representative may do everything that is needed for the representation of others before the ATQ, is also consistent with the broader context of the legislation and with the legislature’s intent.

[28] Where s. 102 is located in the *Act respecting administrative justice* is instructive. It is in Division II — entitled “General Provisions” — of Chapter VI of that Act, which concerns the ATQ’s rules of evidence and procedure. The subsequent divisions correspond to the various stages of a proceeding before the ATQ, from “Division III — Introductory and Preliminary Procedure” to “Division X — Appeals”. This legislative context

ou de favoriser l’exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage.

Une telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l’accomplissement de son objet et l’exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin.

**41.1.** Les dispositions d’une loi s’interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l’ensemble et qui lui donne effet.

[27] L’article 102 de la *Loi sur la justice administrative* donne au ministre un droit de « se faire représenter ». Je suis d’avis que, dans le contexte juridique, le sens ordinaire de « représenter » comporte normalement *toutes* les facettes de la représentation d’autrui devant les tribunaux. Par exemple, Cornu définit « représenter » comme étant le fait de « [r]emplacer une personne dans l’exercice de ses droits » (G. Cornu, dir., *Vocabulaire juridique* (10<sup>e</sup> éd. 2014), p. 905). Cette représentation comprend à la fois les actes de représentation de vive voix, tel plaider devant un tribunal, et les mesures de représentation écrite, tel préparer et rédiger des actes de procédure. Il s’ensuit que, suivant le sens ordinaire et grammatical des termes de l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*, cette disposition confère au ministre le droit de se faire représenter devant la section des affaires sociales du TAQ tant aux fins de préparation et de rédaction de requêtes et autres actes de procédure qu’aux fins de représentation de vive voix. Cette interprétation, selon laquelle le représentant du ministre peut faire tout ce qui est nécessaire à la représentation d’autrui devant le TAQ, s’accorde d’ailleurs avec le contexte plus large de la loi et l’intention du législateur.

[28] L’emplacement de l’art. 102 dans la *Loi sur la justice administrative* est révélateur. En effet, cet article se trouve dans la section II — intitulée « Dispositions générales » — du chapitre VI de la *Loi sur la justice administrative*, qui porte sur les règles de preuve et de procédure du TAQ. Les sections suivantes correspondent aux différentes étapes d’un recours devant le TAQ, de la « section III — Procédure introductive et préliminaire » jusqu’à la « section X

suggests that the right provided for in s. 102 of the *Act respecting administrative justice* applies at every stage of a proceeding.

[29] It is generally the exclusive prerogative of lawyers to provide legal services for others. That monopoly is guaranteed in Quebec by the *Act respecting the Barreau du Québec*, which regulates the practice of the profession of advocate. These “special rules governing the practice of the legal profession” are justified by the importance of the acts performed by advocates, by the vulnerability of the litigants who entrust their rights to them, and by the need to preserve the relationship of trust between advocates and their clients (*Fortin*, at para. 17). These objectives should be borne in mind when interpreting exceptions to the recognized general monopoly on practice of advocates.

[30] That being said, regard must also be had to the objectives of the *Act respecting administrative justice*, whose “purpose . . . is to affirm the specific character of administrative justice, to ensure its quality, promptness and accessibility and to safeguard the fundamental rights of citizens” (s. 1). The *Act respecting administrative justice* favours administrative proceedings that are simpler, expeditious and less costly for litigants (D. Lemieux, with M. Paré, *Justice administrative: Loi commentée* (3rd ed. 2009), at p. 47; H. de Kovachich, “Le Tribunal administratif du Québec au passé, au présent et au futur”, in *Barreau du Québec*, vol. 363, *Le TAQ d’hier, d’aujourd’hui et de demain — 15<sup>e</sup> anniversaire du TAQ* (2013), 1, at p. 33; Quebec, National Assembly, Commission des institutions, “Consultation générale dans le cadre de l’étude du projet de loi n° 130 — Loi sur la justice administrative”, *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 34, No. 64, 1st Sess., 35th Leg., February 6, 1996 (Minister Paul Bégin)).

[31] The legislative history of the exception for the Minister is also relevant, and it confirms what the legislature intended in this regard. Section 128(2)(a) of the *Act respecting the Barreau du Québec* used to merely state that it was the exclusive prerogative of an advocate, and not of a solicitor, “to plead

— Appel ». Ce contexte législatif tend à indiquer que le droit prévu à l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* s’applique à toutes les étapes d’un recours.

[29] Il est généralement du ressort exclusif de l’avocat de fournir des services juridiques pour le compte d’autrui. Le monopole est garanti au Québec par la *Loi sur le Barreau*, loi qui régit l’exercice de la profession d’avocat. Cet « encadrement particulier de l’exercice de la profession juridique » est justifié par l’importance des actes accomplis par les avocats, par la vulnérabilité des justiciables qui leur confient leurs droits et par la nécessité de préserver la relation de confiance qui existe entre eux (*Fortin*, par. 17). Il convient de garder ces objectifs en tête dans l’interprétation des exceptions au monopole général d’exercice reconnu aux avocats.

[30] Cela dit, il faut également tenir compte des objectifs de la *Loi sur la justice administrative*, laquelle « a pour objet d’affirmer la spécificité de la justice administrative et d’en assurer la qualité, la célérité et l’accessibilité, de même que d’assurer le respect des droits fondamentaux des administrés » (art. 1). Elle favorise des recours administratifs plus simples, rapides et moins coûteux pour les justiciables (D. Lemieux, avec la collaboration de M. Paré, *Justice administrative : Loi commentée* (3<sup>e</sup> éd. 2009), p. 47; H. de Kovachich, « Le Tribunal administratif du Québec au passé, au présent et au futur », dans *Barreau du Québec*, vol. 363, *Le TAQ d’hier, d’aujourd’hui et de demain — 15<sup>e</sup> anniversaire du TAQ* (2013), 1, p. 33; Québec, Assemblée nationale, Commission des institutions, « Consultation générale dans le cadre de l’étude du projet de loi n° 130 — Loi sur la justice administrative », *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 34, n° 64, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 6 février 1996 (le ministre, M. Paul Bégin)).

[31] L’historique législatif de l’exception en faveur du ministre est lui aussi pertinent, et il confirme l’intention du législateur à cet égard. Auparavant, l’art. 128(2)a) de la *Loi sur le Barreau* prescrivait uniquement que l’acte de « plaider devant tout tribunal » pour le compte d’autrui était du ressort exclusif

before any tribunal” for others. In 1973, the legislature added the word “act” to the word “plead”, thereby giving s. 128(2)(a) its current scope (*An Act to amend the Bar Act*, S.Q. 1973, c. 44, s. 72).

[32] A decade later, in 1984, the legislature established the exception for the Minister by making concurrent amendments to s. 128 of the *Act respecting the Barreau du Québec* and s. 38 of the *Act respecting the Commission des affaires sociales*, R.S.Q., c. C-34, the predecessor of s. 102 of the *Act respecting administrative justice* (*An Act to amend various legislation*, S.Q. 1984, c. 27, ss. 49 and 51). It gave s. 128(2)(a)(5) its current wording to the effect that the Minister was entitled “to be represented to plead or act in his . . . name” before the Commission des affaires sociales, whereas s. 38 of the *Act respecting the Commission des affaires sociales* provided that “[a]t the proof and hearing before the social aid and allowances division, the Minister . . . is entitled to be represented, to plead or act in his . . . name, by the person of his . . . choice”. As can be seen, therefore, similar language was used in the two provisions at that time. The then Minister of Manpower and Income Security explained the purpose of the amendments as follows in the National Assembly:

[TRANSLATION] What we are doing is to confirm a practice that already existed, whereby the Ministère . . . was represented by persons who were not necessarily members of the bar, so they might be professionals or welfare service providers, officers who have extensive experience in the application of the Social Aid Act and very good knowledge both of its provisions and of how it works in practice or how it is applied.

This also allows us to maintain another principle that we wanted to have in creating a number of commissions, like the Commission des affaires sociales, to make sure we avoid “over-judicializing” these commissions, which are intended to be more open, which are ultimately intended, I would say, to be less “straitjacketing” or less rules-based, which means that there can be greater flexibility, it seems to us, and a reduced judicialization of these bodies. We are thus confirming, by way of Bill 84

de l’avocat et non du conseiller en loi. En 1973, le législateur a ajouté le terme « agir » à celui de « plaider », donnant à l’art. 128(2)a) sa présente portée (*Loi modifiant la Loi du Barreau*, L.Q. 1973, c. 44, art. 72).

[32] Une décennie plus tard, en 1984, le législateur a établi l’exception en faveur du ministre en modifiant de façon concordante l’art. 128 de la *Loi sur le Barreau* et l’art. 38 de la *Loi sur la Commission des affaires sociales*, L.R.Q., c. C-34, le précurseur de l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* (*Loi modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1984, c. 27, art. 49 et 51). Il a donné à l’art. 128(2)a)5<sup>o</sup> son libellé actuel, qui reconnaît le droit du ministre « de se faire représenter pour plaider ou agir en son nom » devant la Commission des affaires sociales, tandis que l’art. 38 de la *Loi sur la Commission des affaires sociales* précisait que « [l]ors de l’enquête et de l’audition devant la division de l’aide et des allocations sociales, le ministre [. . .] a le droit de se faire représenter, pour plaider ou agir en son nom, par une personne de son choix ». On est à même de constater que les deux articles employaient à l’époque un langage similaire. La ministre de la Main-d’œuvre et de la Sécurité du revenu de l’époque a expliqué en ces termes l’objectif de ces amendements à l’Assemblée nationale :

Nous faisons en sorte de confirmer une pratique qui existait déjà, exercée par le ministère [. . .] de se faire représenter par des personnes qui n’étaient pas nécessairement des personnes membres du barreau de telle sorte que cela puisse être des professionnels, ou des intervenants, des agents du bien-être qui ont une grande expérience de l’application de la Loi sur l’aide sociale, qui la connaissent très bien tant dans son libellé que dans sa pratique ou dans son application.

Ceci nous permet aussi de maintenir un autre principe qu’on a voulu avoir en instaurant un certain nombre de commissions, comme la Commission des affaires sociales, pour faire en sorte qu’on évite de judiciaire trop largement ces commissions qui se veulent plus ouvertes, qui se veulent, à la limite, je dirais, moins « carcantes » ou moins réglementaires, ce [q]ui fait [q]ue cela permet une plus grande souplesse, nous apparaît-il, et une moins grande judiciarisation de ces organismes. Nous

and the amendments in it, this practice that seemed like it was going to be held to be invalid.

(Quebec, National Assembly, *Journal des débats*, vol. 27, No. 107, 4th Sess., 32nd Leg., June 14, 1984, at p. 7095)

It is therefore clear that the legislature's original intent was to permit people who are not advocates to represent the Minister before the Commission des affaires sociales in order to enhance the flexibility of that body and to avoid "over-judicializing" its proceedings.

[33] The legislature enacted the *Act respecting administrative justice*, thereby establishing the ATQ, in 1996, and it then repealed the *Act respecting the Commission des affaires sociales* in 1997, at which time the Commission des affaires sociales became the social affairs division of the ATQ. In the explanatory notes to the *Act respecting the implementation of the Act respecting administrative justice*, S.Q. 1997, c. 43, the legislature again expressed its intention to promote the introduction of "non-judicial" processes into administrative justice. The exception allowing the Minister to be represented before the social affairs division was included in s. 102 of the *Act respecting administrative justice*, which now reads as follows:

The Minister of Employment and Social Solidarity or a body which is the Minister's delegatee for the purposes of the Individual and Family Assistance Act (chapter A-13.1.1) may be represented by the person of his or its choice before the social affairs division in the case of a proceeding brought under that Act or this Act in a matter of income security or support or social aid and allowances.

[34] As the Court of Appeal pointed out, the Minister's right was much narrower under the former s. 38 of the *Act respecting the Commission des affaires sociales*, which provided that the Minister could be represented by a person who is not an advocate solely for the purpose of acting or pleading in his or her name at the proof and hearing. Those constraints were eliminated with the repeal of the *Act respecting the Commission des affaires sociales*

confirmons donc, par le projet de loi 84 et les amendements qui s'y trouvent, cette pratique qui semblait devoir être infirmée.

(Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 27, n° 107, 4<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 14 juin 1984, p. 7095)

Il est donc clair qu'à l'origine le législateur a voulu permettre aux non-avocats de représenter le ministre devant la Commission des affaires sociales afin de favoriser la souplesse de cet organisme et d'éviter de trop judiciairiser ses instances.

[33] En 1996, le législateur a adopté la *Loi sur la justice administrative*, établissant ainsi le TAQ, puis, en 1997, il a abrogé la *Loi sur la Commission des affaires sociales* et la Commission des affaires sociales est devenue la section des affaires sociales du TAQ. Dans les notes explicatives de la *Loi sur l'application de la Loi sur la justice administrative*, L.Q. 1997, c. 43, le législateur a encore une fois exprimé sa volonté de promouvoir la « déjudiciarisation » de la justice administrative. L'exception permettant au ministre de se faire représenter devant la section des affaires sociales a été incluse dans l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* et elle est formulée dorénavant comme suit :

Le ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale ou un organisme qui est son délégué dans l'application de la Loi sur l'aide aux personnes et aux familles (chapitre A-13.1.1) peut se faire représenter par une personne de son choix devant la section des affaires sociales, s'il s'agit d'un recours exercé en vertu de cette loi ou de la présente loi en matière de sécurité ou soutien du revenu, d'aide et d'allocations sociales.

[34] Comme le souligne la Cour d'appel, le droit du ministre était beaucoup plus circonscrit sous l'ancien art. 38 de la *Loi sur la Commission des affaires sociales*, lequel précisait que le ministre pouvait uniquement se faire représenter par un non-avocat pour agir ou plaider en son nom lors de l'enquête et de l'audition. Ces contraintes ont été supprimées par l'abrogation de la *Loi sur la Commission des affaires sociales* et l'adoption de la *Loi sur la justice*

and the enactment of the *Act respecting administrative justice*, which simply provides that the Minister “may be represented by the person of his . . . choice” in certain proceedings before the social affairs division. The wording of s. 102 of the *Act respecting administrative justice* has thus become broader than that of s. 128(2)(a)(5) of the *Act respecting the Barreau du Québec*, which is limited to representation “to plead or act”. As a result, there is no longer the symmetry that existed between the wordings of the two statutes at the time of the *Act respecting the Commission des affaires sociales*.

[35] Some might argue that the scope of s. 38 of the *Act respecting the Commission des affaires sociales* merely specified how s. 128(2)(a)(5) of the *Act respecting the Barreau du Québec* was to be applied by designating who could exercise a power of representation in the case of the acts excepted from the monopoly on practice of advocates. However, s. 129(b) of the *Act respecting the Barreau du Québec* gave the legislature the power to extend the scope of s. 38 of the *Act respecting the Commission des affaires sociales* to include written representation. This was the very power the legislature exercised when it enacted s. 102 of the *Act respecting administrative justice*. The fact that the legislature did not make a concurrent amendment to s. 128 of the *Act respecting the Barreau du Québec* cannot on its own negate the clear and unequivocal intention the legislature expressed in enacting s. 102 in its current form.

[36] The Superior Court concluded, and this is what the Barreau argues in this case, that the right set out in s. 102 of the *Act respecting administrative justice* is limited by s. 128 of the *Act respecting the Barreau du Québec*. Section 128(2)(a)(5) provides that it is the exclusive prerogative of a practising advocate to “plead or act” for others before a tribunal, except before the ATQ’s social affairs division, to the extent that the Minister wishes “to be represented to plead or act in his . . . name”. Section 128(1)(b) — which states that it is the exclusive prerogative of practising advocates or solicitors to “prepare and draw up” notices, motions, proceedings or other similar documents for others — provides for no exceptions. Moreover, s. 102 of the *Act respecting*

*administrative*, laquelle prévoit simplement que le ministre « peut se faire représenter par une personne de son choix » dans le cadre de certains recours devant la section des affaires sociales. Le libellé de l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* est ainsi devenu plus large que celui de l’art. 128(2)a)5° de la *Loi sur le Barreau*, qui se limite à la représentation « pour plaider ou agir ». La symétrie qui existait entre le libellé des deux lois à l’époque de la *Loi sur la Commission des affaires sociales* ne subsiste donc plus.

[35] Certains pourraient soutenir qu’auparavant la portée de l’art. 38 de la *Loi sur la Commission des affaires sociales* ne faisait que prévoir les modalités d’application de l’art. 128(2)a)5° de la *Loi sur le Barreau*, en désignant la personne qui pouvait exercer un pouvoir de représentation quant aux actes soustraits au monopole d’exercice des avocats. L’article 129b) de la *Loi sur le Barreau* permettait toutefois au législateur d’étendre le champ d’application de l’art. 38 de la *Loi sur la Commission des affaires sociales* aux actes de représentation écrite. C’est précisément de ce pouvoir que le législateur s’est prévalu en adoptant l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*. Le simple fait que le législateur n’ait pas modifié l’art. 128 de la *Loi sur le Barreau* de façon concomitante ne saurait faire échec à la volonté claire et non équivoque qu’il a manifestée par l’adoption de l’art. 102 dans sa mouture actuelle.

[36] La Cour supérieure a conclu, et c’est ce que prétend le Barreau en l’espèce, que le droit délimité par l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* est restreint par l’art. 128 de la *Loi sur le Barreau*. L’article 128(2)a)5° précise que l’acte de « plaider ou agir » devant un tribunal pour le compte d’autrui est du ressort exclusif de l’avocat en exercice, sauf devant la section des affaires sociales du TAQ, dans la mesure où le ministre veut « se faire représenter pour plaider ou agir en son nom ». Or, l’art. 128(1)(b) — qui indique que les actes consistant à « préparer et rédiger » des avis, requêtes, procédures et autres documents de même nature pour le compte d’autrui sont du ressort exclusif de l’avocat en exercice ou du conseiller en loi — ne contient aucune exception.

*administrative justice* and s. 128(2)(a)(5) of the *Act respecting the Barreau du Québec* were enacted simultaneously by the legislature. In the Barreau's opinion, this means that the right established by s. 102 of the *Act respecting administrative justice* has the same scope as the one provided for in s. 128(2)(a)(5), which excludes the preparation and drawing up of motions or other written proceedings. In other words, the Minister's right to be represented before the social affairs division by a person who is not an advocate is limited to oral representation.

[37] With respect, I agree with the ATQ that this interpretation disregards the effect of s. 129(b) of the *Act respecting the Barreau du Québec* and is inconsistent with the ordinary sense of the words used in the relevant sections and with the legislative intent. And I agree with the Court of Appeal that the ATQ's conclusion on the scope of s. 102 of the *Act respecting administrative justice* is reasonable.

[38] The Barreau nonetheless argues that, insofar as s. 102 of the *Act respecting administrative justice* authorizes a person who is not an advocate to represent the Minister in writing, it *conflicts with* s. 128(1) of the *Act respecting the Barreau du Québec*, which gives practising advocates and solicitors the exclusive right to prepare and draw up documents for use in a court or tribunal. But this "conflict" is resolved by s. 129(b) of the *Act respecting the Barreau du Québec*, which provides that s. 128 of that Act neither limits nor restricts rights that are specifically defined and granted to any person by any public or private law. The Minister's right under s. 102 of the *Act respecting administrative justice* to be represented by a person of his or her choice is thus not diminished in the least by s. 128 of the *Act respecting the Barreau du Québec*.

[39] Furthermore, the Barreau relies on *Fortin*, a decision in which this Court, in considering the consequences of a breach of s. 128(1) of the *Act respecting the Barreau du Québec*, found that the preparation and drawing up of written proceedings and representation before a court or tribunal are two separate steps. This distinction is relevant only if it is accepted that s. 128 of the *Act respecting the Barreau du Québec* takes precedence over the *Act respecting*

L'article 102 de la *Loi sur la justice administrative* et l'art. 128(2)a)5° de la *Loi sur le Barreau* ont d'ailleurs été adoptés simultanément par le législateur. Le résultat de tout cela, selon le Barreau, serait que le droit créé par l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* a une portée identique à celui prévu à l'art. 128(2)a)5°, ce qui exclurait la préparation et la rédaction de requêtes ou autres actes de procédure. Autrement dit, le ministre pourrait se faire représenter par un non-avocat devant la section des affaires sociales uniquement aux fins de représentation orale.

[37] Avec égards, tout comme le TAQ, je suis d'avis que cette interprétation ne tient pas compte de l'effet de l'art. 129b) de la *Loi sur le Barreau* et va à l'encontre du sens ordinaire des termes employés par les articles pertinents et de l'intention du législateur. À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis que la conclusion du TAQ sur la portée de l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* est raisonnable.

[38] Le Barreau soutient néanmoins que, dans la mesure où l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* autorise un non-avocat à représenter par écrit le ministre, il *contredit* l'art. 128(1) de la *Loi sur le Barreau*, qui accorde exclusivement aux avocats en exercice et aux conseillers en loi le droit de préparer et de rédiger des documents destinés aux tribunaux. Mais cette « contradiction » est toutefois écartée par l'art. 129b) de la *Loi sur le Barreau*, qui précise que l'art. 128 de cette loi ne limite ou ne restreint pas les droits spécifiquement définis et donnés à toute personne par toute loi d'ordre public ou privé. Le droit du ministre de se faire représenter par la personne de son choix en vertu de l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* n'est donc aucunement diminué par l'art. 128 de la *Loi sur le Barreau*.

[39] En outre, le Barreau s'appuie sur l'arrêt *Fortin* de cette Cour dans lequel celle-ci, considérant les conséquences d'une contravention de l'art. 128(1) de la *Loi sur le Barreau*, a reconnu que la préparation et la rédaction d'actes de procédure ainsi que la représentation devant les tribunaux forment deux étapes distinctes. Cette distinction n'est pertinente que si on accepte que l'art. 128 de la *Loi sur le Barreau* prime la *Loi sur la justice administrative* en ce

*administrative justice* where the Minister's right to be represented is concerned. As I explained above, it is my view that, as a result of s. 129(b) of the *Act respecting the Barreau du Québec*, the nature of this right is instead defined in s. 102 of the *Act respecting administrative justice*, which grants the Minister the right to "be represented" by a person who is not an advocate. The steps identified in *Fortin* are both covered by the general sense of the concept of "representation", which "includes both written and oral submissions" (*Fortin*, at para. 32).

[40] In the Barreau's opinion, the Court of Appeal [TRANSLATION] "understood, interpreted and applied" the word "represented" as used in s. 102 of the *Act respecting administrative justice* differently than the same word as used in the *Act respecting the Barreau du Québec*. But it is actually the Barreau that is asking this Court to endorse an incoherent interpretation of the two statutes. It proposes that the same meaning be given to the word "represented" as to the words "represented to plead or act", thus disregarding the restrictive effect of the underlined words and the significance of their absence from s. 102 of the *Act respecting administrative justice*. The Barreau refers to the common origin of s. 38 of the *Act respecting the Commission des affaires sociales* (the predecessor of s. 102 of the *Act respecting administrative justice*) and s. 128(2)(a)(5) and submits that the two provisions still have the same scope. This argument is based on the assumption that these two provisions originally applied only to oral representation. In my opinion, such a proposition is questionable, as it would deprive of any value the intention expressed by the legislature on several occasions to avert the "judicialization" of administrative justice by granting the Minister the right to be represented before the ATQ by a person who is not an advocate. Even if I were to accept that assumption, I find it difficult to reconcile the Barreau's argument with the deliberate choice made by the National Assembly not to repeat the words "to plead or act" in s. 102 of the *Act respecting administrative justice*. If the legislature "does not speak gratuitously" (see P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 295), it must be presumed that legislative omissions are also significant and that "[t]he same

qui concerne le droit du ministre de se faire représenter. Comme je l'ai expliqué plus tôt, en raison de l'art. 129b) de la *Loi sur le Barreau*, je suis d'avis que la nature de ce droit est plutôt définie à l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*, qui confère au ministre le droit de « se faire représenter » par un non-avocat. Les étapes identifiées dans *Fortin* sont toutes deux visées par le sens général de la notion de « représentation », laquelle « comprend à la fois celle qui est écrite et celle qui est orale » (*Fortin*, par. 32).

[40] Le Barreau estime que la Cour d'appel a « compris, interprété et appliqué » le terme « représenter » utilisé à l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* différemment du même terme employé dans la *Loi sur le Barreau*. Mais c'est plutôt le Barreau qui demande à la Cour d'adopter une interprétation incohérente des deux lois. Il propose de donner un sens identique au terme « représenter » et à l'expression « représenter pour plaider ou agir », faisant abstraction de l'effet contraignant des termes soulignés, et de la signification de leur absence à l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*. Le Barreau invoque l'origine commune de l'art. 38 de la *Loi sur la Commission des affaires sociales* (le prédécesseur de l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*) et de l'art. 128(2)a)5°, et soutient que leur portée demeure identique. Cet argument repose sur l'hypothèse selon laquelle ces deux articles ne comprenaient initialement que la représentation orale. Cette proposition me paraît douteuse, car elle nierait toute valeur à l'intention maintes fois exprimée du législateur d'éviter la « judiciarisation » de la justice administrative en conférant au ministre le droit de se faire représenter devant le TAQ par un non-avocat. Même en acceptant cette hypothèse, il me semble difficile de concilier l'argument du Barreau avec le choix délibéré de l'Assemblée nationale de ne pas reprendre les termes « pour plaider ou agir » à l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*. Si le législateur ne « parle pas pour ne rien dire » (voir P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009), par. 1047), il faut présumer que les omissions législatives sont également révélatrices et que « [l]e même terme est censé avoir le même sens dans toutes les lois connexes » (*ibid.*, par. 1278). Puisque



word is deemed to have the same meaning in related legislation” (*ibid.*, at p. 368). Because the ordinary sense of the words of s. 102 of the *Act respecting administrative justice* is perfectly consistent with the legislature’s intention to simplify procedure in social services cases, I cannot agree with the interpretation proposed by the Barreau.

#### IV. Conclusion

[41] The Court of Appeal did not err in applying the reasonableness standard, and the ATQ’s conclusion regarding the scope of the Minister’s right to be represented by a person of his or her own choice was reasonable. I would therefore dismiss the appeal, with costs.

English version of the reasons delivered by

[42] CÔTÉ J. (dissenting) — I disagree with my colleague Brown J. on two points. First, I am of the opinion that the standard of review applicable to the decisions of the Administrative Tribunal of Québec (“ATQ”) in the present case is correctness (A). Second, I conclude that only advocates or solicitors may prepare and draw up a notice, motion, proceeding or other similar document intended for use before the ATQ’s social affairs division (B).

#### A. *Standard of Review Applicable to the ATQ’s Decisions in the Present Case*

[43] In the cases in question, the ATQ concluded that a representative of the Minister of Employment and Social Solidarity (“Minister”) has both the power to plead before its social affairs division and the power to prepare, draw up and sign written proceedings for use in a case before that division. To arrive at that conclusion, the ATQ had to interpret ss. 128 and 129 of the *Act respecting the Barreau du Québec*, CQLR, c. B-1, and s. 102 of the *Act respecting administrative justice*, CQLR, c. J-3.

[44] On judicial review, the Superior Court held that the standard applicable to the ATQ’s decisions was correctness (2014 QCCS 2226, at para. 38

le sens ordinaire du libellé de l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* s’accorde parfaitement avec l’intention du législateur de simplifier la procédure en matière de services sociaux, je ne peux souscrire à l’interprétation que préconise le Barreau.

#### IV. Conclusion

[41] La Cour d’appel n’a commis aucune erreur en appliquant la norme de contrôle de la décision raisonnable, et la conclusion du TAQ sur l’étendue du droit du ministre de se faire représenter par une personne de son choix était raisonnable. Je rejetterais donc le pourvoi, avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

[42] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — Je suis en désaccord avec mon collègue le juge Brown sur deux points. D’abord, je suis d’avis que la norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal administratif du Québec (« TAQ ») en l’espèce est celle de la décision correcte (A). Ensuite, je conclus que seuls les avocats ou conseillers en loi peuvent préparer et rédiger un avis, une requête, une procédure et tout autre document de même nature destiné à servir devant la section des affaires sociales du TAQ (B).

#### A. *La norme de contrôle applicable aux décisions du TAQ en l’espèce*

[43] Dans le cadre des affaires en cause, le TAQ a conclu qu’un représentant du ministre de l’Emploi et de la Solidarité sociale (« ministre ») possède le pouvoir de plaider ainsi que celui de préparer, rédiger et signer des actes de procédure devant sa section des affaires sociales. Pour arriver à cette conclusion, le TAQ a dû interpréter les art. 128 et 129 de la *Loi sur le Barreau*, RLRQ, c. B-1, ainsi que l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3.

[44] En révision judiciaire, la Cour supérieure a jugé que la norme de la décision correcte doit s’appliquer à ces décisions du TAQ (2014 QCCS

(CanLII)). The Quebec Court of Appeal was instead of the opinion that they should be reviewed on the standard of reasonableness (2016 QCCA 536, at para. 35 (CanLII)), and my colleague Brown J. is of the same view (reasons of the majority, at para. 24). I agree with the Superior Court that the correctness standard applies in this case.

[45] The ATQ’s decisions are subject to judicial review, and “the choice of the applicable standard depends primarily on the nature of the questions that have been raised, which is why it is important to identify those questions correctly” (*Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 45).

[46] In my view, the Superior Court correctly identified the question that had been before the ATQ as one of statutory interpretation that necessarily related to the *Act respecting the Barreau du Québec* and its interaction with the *Act respecting administrative justice*, the ATQ’s enabling legislation (2014 QCCS 2226, at paras. 28-34).

[47] Although the motions to dismiss that the ATQ had to decide required an interpretation of the word “represented” used in s. 102 of the *Act respecting administrative justice*, they were grounded in the *Act respecting the Barreau du Québec*:

[TRANSLATION]

4. The said motion for review was signed on March 4, 2011 by a representative of the Ministère de l’Emploi et de la Solidarité sociale who is not a practising advocate entered on the Roll of the Order of the Barreau du Québec;

5. In addition to signing the said motion, the representative of the Ministère duly prepared the motion for review presented to the Tribunal, as will be shown at the hearing;

6. Under section [128(1)] of the *Act respecting the Barreau du Québec*, it is the exclusive prerogative of a practising advocate to prepare and draw up a motion or other proceeding intended for use in a case before a court or tribunal;

2226, par. 38 (CanLII)). La Cour d’appel du Québec et mon collègue le juge Brown sont plutôt d’avis qu’elles doivent être examinées en fonction de la norme de la décision raisonnable (2016 QCCA 536, par. 35 (CanLII); motifs de la majorité, par. 24). Je partage l’avis de la Cour supérieure que la norme de la décision correcte s’applique en l’espèce.

[45] Les décisions du TAQ sont assujetties à la révision judiciaire et « le choix de la norme applicable dépend principalement de la nature des questions soulevées, d’où l’importance de bien identifier ces questions » (*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 45).

[46] À mon avis, la Cour supérieure a bien identifié la question qui était soulevée devant le TAQ comme étant une question d’interprétation législative engageant nécessairement la *Loi sur le Barreau* et son interaction avec la *Loi sur la justice administrative*, sa loi habilitante (2014 QCCS 2226, par. 28-34).

[47] Bien qu’elles nécessitaient d’interpréter le terme « représenter » figurant à l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*, les requêtes en irrecevabilité que devait trancher le TAQ étaient fondées sur la *Loi sur le Barreau* :

4. Ladite requête en révision a été signée le 4 mars 2011 par un représentant du ministère de l’Emploi et de la Solidarité sociale qui n’est pas un avocat en exercice inscrit au tableau de l’Ordre du Barreau du Québec;

5. En plus d’être le signataire de ladite requête, le représentant du ministère a dûment préparé la requête en révision présentée devant le Tribunal, le tout tel qu’il le sera démontré à l’audience;

6. Or, conformément à l’article [128(1)] de la *Loi sur le Barreau du Québec*, la préparation et la rédaction d’une requête ou de toute autre procédure destinée à servir dans une affaire devant les Tribunaux sont du ressort exclusif d’un avocat en exercice;

7. The Act respecting the Barreau du Québec draws a clear distinction between the preparation and signing of proceedings for others and representation to plead or act before a court or tribunal;

8. Moreover, the exception provided for in section 102 of the Act respecting administrative justice to the effect that the Minister of Employment and Social Solidarity may be represented by any person of his or her choice before the Administrative Tribunal of Québec applies only to representation;

9. In addition, section 129 of the Act respecting the Barreau du Québec, in paragraph (b), refers specifically to the exception set out in section 102 of the Act respecting administrative justice, which clearly distinguishes the Minister's option of being represented by any person of his or her choice;

10. Accordingly, the motion for review prepared, drawn up and signed by a representative of the Minister who is not a practising advocate is contrary to the Act respecting the Barreau du Québec and should be dismissed; [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

(Motions to dismiss, reproduced in 2012 QCTAQ 12689, 2013 CanLII 2328, at para. 7; 2012 QCTAQ 12713, 2013 CanLII 9887, at para. 5.)

[48] To decide these motions, the ATQ had to do much more than simply bear the *Act respecting the Barreau du Québec* [TRANSLATION] “in mind”. The *Act respecting the Barreau du Québec* establishes what acts are reserved exclusively to advocates and solicitors. These reserved acts and their exceptions were provided for by the legislature to ensure the protection of the public (*Professional Code*, CQLR, c. C-26, ss. 23 and 26; *Fortin v. Chrétien*, 2001 SCC 45, [2001] 2 S.C.R. 500, at paras. 18 and 21). This means that whenever a question relates to the representation of others by a person who is not an advocate, it is necessary to interpret and apply the *Act respecting the Barreau du Québec* and, subsidiarily, any related legislation that sets out how the exceptions provided for in the *Act respecting the Barreau du Québec* are to operate.

[49] In determining what standard of review is applicable to the issue in the instant case, the Superior Court was justified in applying the principles

7. En effet, la Loi sur le Barreau fait une distinction claire entre la préparation et la signature de procédures pour autrui et la représentation pour plaider ou agir devant un tribunal;

8. Par ailleurs, l'exception prévu[e] à l'article 102 de la Loi sur la justice administrative permettant au ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale de se faire représenter par toute personne de son choix devant le Tribunal administratif du Québec ne s'applique que pour la représentation;

9. De plus, l'article 129 de la Loi sur le Barreau, au paragraphe b), réfère précisément à l'exception contenue à l'article 102 de la Loi sur la justice administrative qui distingue nettement la possibilité du ministre de se faire représenter par toute personne de son choix;

10. Par conséquent, la requête en révision préparée, rédigée et signée par un représentant du ministre, qui n'est pas un avocat en exercice, contrevient à la Loi sur le Barreau du Québec et ladite requête devrait être déclarée irrecevable; [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

(Requêtes en irrecevabilité, reproduites dans 2012 QCTAQ 12689, 2013 CanLII 2328, par. 7; 2012 QCTAQ 12713, 2013 CanLII 9887, par. 5.)

[48] Pour trancher ces requêtes, le TAQ devait faire beaucoup plus que simplement garder « en tête » la *Loi sur le Barreau*. En effet, la *Loi sur le Barreau* prévoit les actes réservés exclusivement aux avocats et aux conseillers en loi. Ces actes réservés et leurs exceptions sont prévus par le législateur afin d'assurer la protection du public (*Code des professions*, RLRQ, c. C-26, art. 23 et 26; *Fortin c. Chrétien*, 2001 CSC 45, [2001] 2 R.C.S. 500, par. 18 et 21). Toute question concernant la représentation d'autrui par un non-avocat requiert donc nécessairement l'interprétation et l'application de la *Loi sur le Barreau* et, accessoirement, de toute loi connexe définissant les modalités d'exercice des exceptions prévues à la *Loi sur le Barreau*.

[49] Afin de déterminer la norme de contrôle applicable à la question litigieuse en l'espèce, la Cour supérieure était justifiée de suivre les enseignements

enunciated in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, in which the following two possibilities were identified:

First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review. [para. 62]

[50] As was explained in *Dunsmuir*, the second possibility involves a contextual analysis of the following factors: “. . . (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the tribunal as determined by interpretation of enabling legislation; (3) the nature of the question at issue, and; (4) the expertise of the tribunal” (*Dunsmuir*, at para. 64).

[51] In the case at bar, in my view, the outcome of either of these possibilities is the same: it is the correctness standard that must be applied to the review of the ATQ’s decisions.

[52] First of all, it is necessary to identify the category of questions to which the issue in this case belongs. That issue is a question of central importance to the legal system as a whole and lies outside the decision maker’s specialized area of expertise. It therefore falls within an established category of questions to which, according to *Dunsmuir*, the correctness standard applies. In my opinion, it is essential that ss. 128 and 129 of the *Act respecting the Barreau du Québec*, a statute of public order, be interpreted and applied uniformly and consistently. Likewise, the exceptions that allow litigants to have recourse to the services of persons who are not advocates in proceedings before a court or tribunal must be applied uniformly and consistently. After all, the rule of law requires that there be only “one law for all” (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 71). This is all the more important in the context of a question that is of central importance to the legal system. How can it be accepted, for example, that the ATQ concluded in the instant case that the Minister’s representative may plead before its social

de l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, lequel prévoit les deux possibilités suivantes :

Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l’analyse des éléments qui permettent d’arrêter la bonne norme de contrôle. [par. 62]

[50] Toujours selon *Dunsmuir*, la seconde possibilité sous-tend l’analyse contextuelle des facteurs suivants : « . . . (1) l’existence ou l’inexistence d’une clause privative, (2) la raison d’être du tribunal administratif suivant l’interprétation de sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause et (4) l’expertise du tribunal administratif » (*Dunsmuir*, par. 64).

[51] À mon avis, dans le cas qui nous occupe, le résultat de l’une ou l’autre de ces possibilités est le même : c’est la norme de la décision correcte qui doit s’appliquer à la révision des décisions du TAQ.

[52] D’abord, il y a lieu de cerner la catégorie de questions à laquelle appartient la question en cause. Celle en litige revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et elle est étrangère au domaine d’expertise du décideur. Elle appartient donc à une catégorie déjà établie de questions assujetties à la norme de la décision correcte suivant l’arrêt *Dunsmuir*. À mon avis, il est essentiel que les art. 128 et 129 de la *Loi sur le Barreau*, une loi d’ordre public, soient interprétés et appliqués de façon uniforme et cohérente. De même, les exceptions permettant aux justiciables de recourir aux services de non-avocats dans le cadre de recours devant les tribunaux doivent être appliquées de façon uniforme et cohérente. La primauté du droit exige, après tout, qu’il n’y ait qu’« une seule loi pour tous » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 71). Cela est d’autant plus important dans le contexte d’une question qui revêt une importance capitale pour le système juridique. Comment peut-on accepter, par exemple, que le TAQ ait pu conclure en l’espèce que le représentant du ministre

affairs division and may also prepare, draw up and sign written proceedings for use in a case before that division, but that it could decide in another case that only an advocate may do so and that failure to comply with this legislative requirement means that the proceeding must be dismissed? To ask the question is to answer it.

[53] On this point, one clarification is in order in light of my colleague's comment that I am suggesting that "the ATQ could render inconsistent decisions" and his criticism of the importance I attach "to the mere possibility of the ATQ rendering conflicting decisions" (para. 19). I am not saying that the correctness standard must be applied *because* the ATQ could render inconsistent decisions. My colleague's comment distorts my reasoning. Although the existence of inconsistent decisions may have the effect of making a question of law one of central importance to the legal system, such inconsistency in the case law is not required for a question to be so characterized. There are questions of law whose importance does not necessarily depend on how they are dealt with by the courts; it would be absurd to have to wait for them to result in an inconsistent application of the law before being able to review them for correctness. Therefore, at the risk of repeating myself, my reasoning is instead as follows: in accordance with the principles laid down by this Court in *Dunsmuir*, the correctness standard must be applied to questions that, like the one in the instant case, are of central importance to the legal system (and lie outside the administrative decision maker's specialized area of expertise), *because* such questions require uniform and consistent answers *owing* to their impact on the administration of justice as a whole (*Dunsmuir*, at paras. 50, 55 and 60). In my opinion, because of the impact that an inconsistent application of ss. 128 and 129 of the *Act respecting the Barreau du Québec* could have on the administration of justice as a whole, only one interpretation of these provisions is possible.

pouvait à la fois plaider et préparer, rédiger et signer des actes de procédure devant sa section des affaires sociales, mais qu'il puisse dans un autre cas statuer que seul un avocat est habilité à le faire, et que le défaut de se conformer à cette exigence législative rend le recours irrecevable? Poser la question, c'est y répondre.

[53] Sur ce point, je tiens à apporter une précision, laquelle s'impose eu égard aux propos de mon collègue voulant que je suggère que « le TAQ risque de rendre des décisions incohérentes » et critiquant l'importance que j'accorde « au seul fait que le TAQ puisse rendre des décisions contradictoires » (par. 19). Je ne prétends pas que l'on doive appliquer la norme de contrôle de la décision correcte *en raison* d'un risque que le TAQ rende des décisions incohérentes. Les propos de mon collègue dénaturent mon raisonnement. En effet, si l'existence d'une jurisprudence incohérente peut avoir pour effet de conférer à une question de droit une importance capitale pour le système juridique, une telle incohérence jurisprudentielle n'est pas une condition nécessaire à cette caractérisation. L'importance de certaines questions de droit n'est pas forcément tributaire du traitement jurisprudentiel qu'on leur réserve; il serait absurde de devoir attendre que ces questions mènent à une application incohérente du droit, avant de pouvoir les assujettir à un contrôle selon la norme de la décision correcte. Ainsi, au risque de me répéter, mon raisonnement est plutôt le suivant : conformément aux enseignements de notre Cour dans *Dunsmuir*, la norme de la décision correcte doit être appliquée aux questions qui, comme en l'espèce, revêtent une importance capitale pour le système juridique (et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur administratif) *parce que* ces questions doivent être tranchées de manière uniforme et cohérente *en raison* de leurs répercussions sur l'administration de la justice dans son ensemble (*Dunsmuir*, par. 50, 55 et 60). À mon avis, en raison des répercussions que pourrait avoir une application incohérente des art. 128 et 129 de la *Loi sur le Barreau* sur l'administration de la justice dans son ensemble, ces dispositions ne peuvent recevoir qu'une seule interprétation.

[54] My colleague Brown J. is of the opinion that it is the reasonableness standard that applies in this case because of the presumption in favour of the application of that standard. Even if I agreed with my colleague that that presumption applies, I would nonetheless find that it can be rebutted by a contextual analysis based on the *Dunsmuir* factors and that it is the correctness standard that must be applied. Let me explain.

[55] As my colleague suggests, the ATQ is protected by a strong privative clause in s. 158 of the *Act respecting administrative justice*. However, it must be remembered that, although “[t]he existence of a privative . . . clause gives rise to a strong indication of review pursuant to the reasonableness standard . . . [t]his does not mean . . . that the presence of a privative clause is determinative” (*Dunsmuir*, at para. 52). In the case at bar, the existence of a privative clause is the only factor pointing to the application of the reasonableness standard, and it must give way in light of the other factors in the contextual analysis.

[56] The purpose of the ATQ’s social affairs division is set out clearly as follows in s. 18 of the *Act respecting administrative justice*:

The social affairs division is charged with making determinations in respect of the proceedings pertaining to matters of income security or support and social aid and allowances, of protection of persons whose mental state presents a danger to themselves or to others, of health services and social services, of pension plans, of compensation and of immigration, which proceedings are listed in Schedule I.

[57] I agree with the Superior Court that the question whether a representative of the Minister may prepare, draw up and sign written proceedings intended for use before the ATQ’s social affairs division [TRANSLATION] “has nothing to do with s. 18 of the [*Act respecting administrative justice*]” (2014 QCCS 2226, at para. 26) and that the ATQ “has no special expertise or experience in this area” (2014 QCCS 2226, at para. 35).

[54] Mon collègue le juge Brown est d’avis que c’est la norme de la décision raisonnable qui s’applique en l’espèce, en raison de la présomption d’application de cette norme. Même si j’étais d’accord avec mon collègue quant à l’application de cette présomption, je conclurais néanmoins qu’une analyse contextuelle fondée sur les facteurs énumérés à l’arrêt *Dunsmuir* permet de la réfuter et que c’est la norme de la décision correcte qui doit s’appliquer. Je m’explique.

[55] Comme l’évoque mon collègue, le TAQ bénéficie d’une clause privative étanche en vertu de l’art. 158 de la *Loi sur la justice administrative*. Il convient toutefois de rappeler que, si « [l]’existence d’une clause privative milite clairement en faveur d’un contrôle suivant la norme de la raisonabilité [. . .], elle n’est pas déterminante » (*Dunsmuir*, par. 52). En l’espèce, la présence d’une clause privative est le seul élément qui milite en faveur de l’application de la norme de la décision raisonnable, et celui-ci doit céder le pas à la lumière des autres facteurs de l’analyse contextuelle.

[56] La raison d’être de la section des affaires sociales du TAQ est clairement énoncée dans les termes suivants à l’art. 18 de la *Loi sur la justice administrative* :

La section des affaires sociales est chargée de statuer sur des recours portant sur des matières de sécurité ou soutien du revenu, d’aide et d’allocations sociales, de protection des personnes dont l’état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui, de services de santé et de services sociaux, de régime de rentes, d’indemnisation et d’immigration, lesquels sont énumérés à l’annexe I.

[57] À l’instar de la Cour supérieure, je suis d’avis que la question de savoir si un représentant du ministre peut préparer, rédiger et signer des actes de procédure destinés à servir devant la section des affaires sociales du TAQ « n’a aucun lien avec l’article 18 de la [*Loi sur la justice administrative*] » (2014 QCCS 2226, par. 26) et que le TAQ « ne possède aucune expertise ou expérience spéciale en ce domaine » (2014 QCCS 2226, par. 35).

[58] Furthermore, there is no doubt that the ATQ was considering a question of law. Such a question relates to “what the correct legal test is”, not to “what actually took place between the parties” or “whether the facts satisfy the legal tests” (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35).

[59] It is well established that “[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity” (*Dunsmuir*, at para. 54 (emphasis added)). But that is not the case here.

[60] The *Act respecting the Barreau du Québec*, which is of course not the ATQ’s enabling statute, is also not a statute that has a close connection to that tribunal’s function and with which it has particular familiarity. It cannot be argued that, in this case, “the external statute is intimately connected with the mandate of the tribunal and is encountered frequently as a result” (*Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 39). Iacobucci J. said the following in this regard in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 48:

As a general rule, I accept the proposition that curial deference need not be shown to an administrative tribunal in its interpretation of a general public statute other than its constituting legislation, although I would leave open the possibility that, in cases where the external statute is linked to the tribunal’s mandate and is frequently encountered by it, a measure of deference may be appropriate. However, this does not mean that every time an administrative tribunal encounters an external statute in the course of its determination, the decision as a whole becomes open to review on a standard of correctness. If that were the case, it would substantially expand the scope of reviewability of administrative decisions, and unjustifiably so. [Emphasis added.]

[61] On this point, it should be noted that “the provisions of the *Act respecting the Barreau du Québec* relating to the practice of the profession of advocate are provisions of public order, in that they

[58] De plus, il ne fait aucun doute que le TAQ était saisi d’une question de droit. En effet, celle-ci concerne « la détermination du critère juridique applicable » et non « ce qui s’est réellement passé entre les parties » ou « si les faits satisfont au critère juridique » (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35).

[59] Il est bien établi que, « [l]orsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » (*Dunsmuir*, par. 54 (je souligne)). Mais ce n’est pas le cas ici.

[60] La *Loi sur le Barreau*, qui n’est évidemment pas la loi constitutive du TAQ, n’est pas non plus une loi étroitement liée au mandat de ce tribunal et dont il possède une connaissance approfondie. En effet, on ne peut prétendre qu’en l’espèce, « la loi est intimement liée au mandat du tribunal et [que] celui-ci est souvent appelé à l’examiner » (*Conseil de l’éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 39). Je reprends les propos formulés à cet égard par le juge Iacobucci dans l’affaire *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 48 :

D’une manière générale, je souscris à la proposition selon laquelle la retenue judiciaire ne s’impose pas à l’égard de l’interprétation, par un tribunal administratif, d’une loi générale d’intérêt public qui n’est pas sa loi constitutive, tout en reconnaissant qu’une certaine retenue peut être indiquée dans des cas où la loi non constitutive se rapporte au mandat du tribunal et où celui-ci est souvent appelé à l’examiner. Cependant, cela ne veut pas dire que chaque fois qu’un tribunal administratif examine une autre loi en rendant sa décision, celle-ci devient dans l’ensemble sujette à un contrôle fondé sur la norme du caractère correct. S’il en était ainsi, il y aurait un élargissement considérable et injustifié des possibilités de contrôler les décisions administratives. [Je souligne.]

[61] À ce sujet, il y a lieu de rappeler que « les dispositions de la *Loi sur le Barreau* concernant l’exercice de la profession d’avocat sont d’ordre public, puisqu’elles tendent à protéger l’intérêt général »

are designed to protect the general interest” (*Fortin*, at para. 21). Also, as I mentioned above, the *Act respecting the Barreau du Québec* does not have a connection to the function of the ATQ’s social affairs division. Finally, it cannot be said that the ATQ has particular familiarity with that Act. My colleague suggests that it does, however, on the basis that “the ATQ has had to interpret ss. 128 and 129 of the *Act respecting the Barreau du Québec* in many recent decisions, and it had to decide the very question that is raised in this appeal in *P.S. v. Québec (Emploi et Solidarité sociale)*, 2010 QCTAQ 11404, 2010 CanLII 70683” (para. 16). But I would note that the ATQ did not interpret the *Act respecting the Barreau du Québec* in all the decisions in question. For example, in *9175-1503 Québec inc. v. Montréal (Ville)*, 2012 QCTAQ 07491, 2012 CanLII 48176, the ATQ did not even rule on the argument based on that Act, as it decided the motion on other grounds. Similarly, in *117437 Canada inc. v. Lévis (Ville)*, 2014 QCTAQ 0159, 2014 CanLII 1318, at para. 32, the ATQ even considered it necessary to make it clear [TRANSLATION] “that what we must do is not to express an opinion or make a policy or declaratory decision on the application of sections 128 and 129 [of the *Act respecting the Barreau du Québec*]”. Although I will not comment on each of the ATQ decisions to which my colleague refers, suffice it to say that, in my view, those decisions do not establish that the ATQ has “particular familiarity” with the *Act respecting the Barreau du Québec*.

[62] Moreover, it is well established that the presumption in favour of the reasonableness standard does not apply when “the question at issue falls into one of the categories to which the correctness standard applies”, including “questions of law that are of central importance to the legal system as a whole and that are outside of the adjudicator’s expertise” (*Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at para. 55); *Dunsmuir*, at para. 55; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paras. 30 and 34). This Court has held that, “[b]ecause of their impact on the administration of justice as a whole, such questions require uniform

(*Fortin*, par. 21). Ensuite, comme je l’ai indiqué précédemment, la *Loi sur le Barreau* ne se rapporte pas au mandat de la section des affaires sociales du TAQ. Enfin, on ne saurait dire du TAQ qu’il a une connaissance particulière de la *Loi sur le Barreau*. Mon collègue avance au contraire que c’est le cas, puisque « le TAQ a eu à interpréter les arts. 128 et 129 de la *Loi sur le Barreau* dans de nombreuses décisions récentes et a déjà eu à trancher la question même que soulève le présent pourvoi dans l’affaire *P.S. c. Québec (Emploi et Solidarité sociale)*, 2010 QCTAQ 11404, 2010 CanLII 70683 » (par. 16). Or, je note que le TAQ n’a pas toujours interprété la *Loi sur le Barreau* dans les affaires en question. Par exemple, dans *9175-1503 Québec inc. c. Montréal (Ville)*, 2012 QCTAQ 07491, 2012 CanLII 48176, ayant tranché la requête sur la base d’autres moyens, le TAQ ne traite même pas du moyen fondé sur la *Loi sur le Barreau*. De même, dans *117437 Canada inc. c. Lévis (Ville)*, 2014 QCTAQ 0159, 2014 CanLII 1318, par. 32, le TAQ a même jugé nécessaire de préciser « qu’il ne s’agit pas de donner une opinion ou de rendre une décision de principe ou à portée déclaratoire sur l’application des articles 128 et 129 [de la *Loi sur le Barreau*] ». Sans commenter chacune des affaires du TAQ auxquelles se réfère mon collègue, il suffit de dire qu’à mon avis cette jurisprudence n’établit pas que le TAQ possède une « connaissance approfondie » de la *Loi sur le Barreau*.

[62] Par ailleurs, il est bien établi que la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable ne vaut pas lorsque « la question en litige relève de l’une des catégories à laquelle s’applique la norme de la décision correcte », notamment « les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d’expertise du décideur » (*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 55; *Dunsmuir*, par. 55; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30 et 34). Notre Cour a jugé que « [p]areille question doit être tranchée de manière



and consistent answers” (*Dunsmuir*, at para. 60). The objective in applying the correctness standard is to ensure “just decisions and [avoid] inconsistent and unauthorized application of law” (*Dunsmuir*, at para. 50).

[63] In short, because the question before the ATQ necessarily involved the interpretation of the *Act respecting the Barreau du Québec*, I conclude that the presumption in favour of the reasonableness standard does not apply. My conclusion that the ATQ had before it a question of central importance to the legal system would also suffice to rebut the presumption.

[64] It is true that there has as yet been no precedent in which this Court rebutted the presumption in favour of the reasonableness standard on the basis of the factors of the contextual analysis from *Dunsmuir*. However, this cannot have the effect of calling into question a clear rule that the Court has reaffirmed on several occasions: a contextual analysis may rebut the presumption in favour of the reasonableness standard (*McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 22; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at para. 16; *Mouvement laïque*, at para. 46; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at para. 32).

[65] The absence of a precedent in which the outcome of the contextual analysis has served to rebut the presumption cannot prevent this Court from applying the principles from *Dunsmuir*. In this regard, I endorse the following comment by Lord Denning:

What is the argument on the other side? Only this, that no case has been found in which it has been done before. That argument does not appeal to me in the least. If we never do anything which has not been done before, we

uniforme et cohérente étant donné ses répercussions sur l’administration de la justice dans son ensemble » (*Dunsmuir*, par. 60). Le recours à la norme de la décision correcte a pour objectif « le prononcé de décisions justes tout en évitant l’application incohérente et irrégulière du droit » (*Dunsmuir*, par. 50).

[63] En somme, étant donné que la question dont était saisi le TAQ impliquait nécessairement l’interprétation de la *Loi sur le Barreau*, je conclus que la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable est inapplicable. Ma conclusion selon laquelle le TAQ était saisi d’une question qui revêt une importance capitale pour le système juridique suffirait également à réfuter cette présomption.

[64] Il est vrai qu’à ce jour, il n’y a aucun précédent où notre Cour a écarté la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable sur la base des facteurs de l’analyse contextuelle prévus dans *Dunsmuir*. Mais cela ne saurait avoir pour effet de remettre en question une règle claire, maintes fois réaffirmée par la Cour : l’analyse contextuelle peut écarter la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable (*McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 22; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 16; *Mouvement laïque*, par. 46; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, par. 32).

[65] L’absence d’un précédent dans lequel le résultat de l’analyse contextuelle aurait permis de repousser la présomption ne saurait empêcher notre Cour d’appliquer les enseignements de *Dunsmuir*. À cet égard, je fais miens les propos suivants de lord Denning :

[TRADUCTION] Quel est l’argument au soutien de la thèse inverse? Tout simplement qu’on n’a relevé aucune décision où cela aurait été fait déjà. Cet argument ne me convainc pas le moins du monde. Si nous ne faisons jamais

shall never get anywhere. The law will stand still while the rest of the world goes on, and that will be bad for both.

(*Packer v. Packer*, [1953] 2 All E.R. 127 (C.A.), at p. 129)

[66] In my opinion, the presumption in favour of the reasonableness standard must not be sanctified to such an extent that we lose sight of the fact that it is rebuttable.

B. *Scope of the Minister's Right to Be Represented by a Person of His or Her Choice*

[67] The Attorney General of Quebec submits that the Minister can have a person who is neither an advocate nor a solicitor prepare and draw up a written proceeding or other similar document that is intended for use in a case before the ATQ's social affairs division. She argues that the Minister has been granted this right by s. 102 of the *Act respecting administrative justice*, the second paragraph of which provides that the Minister "may be represented by the person of his . . . choice before the social affairs division" in certain cases.

[68] Such an interpretation is inconsistent with the words of the statutes in question and with the intention of the legislature. It also disregards the object of the *Act respecting the Barreau du Québec*. I am of the view that only an advocate or a solicitor may prepare and draw up a notice, motion, proceeding or other similar document intended for use in a case before the ATQ's social affairs division. In my opinion, s. 102 of the *Act respecting administrative justice* does not grant the Minister the right to have recourse for that purpose to the services of a person who is neither an advocate nor a solicitor.

[69] My colleague Brown J., on the other hand, concludes that the Minister's right to be represented by a person of his or her choice extends to the preparation and drawing up of motions and other written proceedings. However, as he correctly notes, "[t]he words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense

rien qui n'a pas déjà été fait, jamais nous ne progresserons. Le droit stagnera pendant que le reste du monde évoluera; et une telle situation n'aura rien de bon, ni pour l'un ni pour l'autre.

(*Packer c. Packer*, [1953] 2 All E.R. 127 (C.A.), p. 129)

[66] À mon avis, il faut éviter de sacraliser la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable au point d'occulter le fait qu'elle soit réfutable.

B. *L'étendue du droit du ministre de se faire représenter par une personne de son choix*

[67] La Procureure générale du Québec avance que le ministre peut faire appel à une personne qui n'est ni avocat ni conseiller en loi afin de faire préparer et rédiger un acte de procédure ou tout autre document de même nature destiné à servir dans une affaire devant la section des affaires sociales du TAQ. Elle plaide que ce droit lui est accordé par l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*, lequel prévoit à son deuxième alinéa que le ministre « peut se faire représenter par une personne de son choix devant la section des affaires sociales » dans certains dossiers.

[68] Une telle interprétation est incompatible avec les termes des lois en question et l'intention du législateur. Elle fait également abstraction de l'objet de la *Loi sur le Barreau*. J'estime que seuls les avocats ou conseillers en loi peuvent préparer et rédiger un avis, une requête, une procédure et tout autre document de même nature destiné à servir devant la section des affaires sociales du TAQ. À mon avis, l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* ne confère pas au ministre le droit de faire appel à une personne qui n'est ni avocat ni conseiller en loi à cette fin.

[69] Mon collègue le juge Brown en arrive plutôt à la conclusion que le droit du ministre de se faire représenter par une personne de son choix s'étend à la préparation et la rédaction de requêtes et autres actes de procédure. Il rappelle pourtant, à juste titre, qu'« [i]l faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et

harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of the legislature” (para. 26, citing *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, and *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). In my opinion, and with all due respect, he overlooks some factors that, properly considered, call for a different interpretation and conclusion on the subject of the scope of the Minister’s right to be represented by a person of his or her choice.

[70] The words of an Act are to be read in their entire context.

[71] In my colleague’s opinion, this Court must interpret the word “represented” used in s. 102 of the *Act respecting administrative justice* as including the preparation and drawing up of motions and other written proceedings. But as the Court of Appeal noted in this case, at para. 63, the exception to the monopoly on practice of advocates that is provided for in s. 102 of the *Act respecting administrative justice* and the one provided for in s. 128(2)(a)(5) of the *Act respecting the Barreau du Québec* were enacted at the same time:

[TRANSLATION] On June 20, 1984, concurrent amendments were made to section 128 [of the *Act respecting the Barreau du Québec*] and section 38 of the *Act respecting the Commission des affaires sociales* [R.S.Q., c. C-34] (the predecessor of section 102 [of the *Act respecting administrative justice*]) to authorize the Minister to be represented before the Commission des affaires sociales by persons who are not necessarily members of the Barreau:

Act respecting the Barreau du Québec [as amended by the *Act to amend various legislation*, S.Q. 1984, c. 27, s. 49]

49. Section 128 of the said Act is amended by adding, after subparagraph 4 of paragraph *a* of subsection 2, the following subparagraphs:

“(5) the social aid and allowances division of the Commission des affaires sociales, to the extent that the Minister of Manpower and Income Security or a body

grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur » (par. 26, citant *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, et *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87). À mon avis, et avec le plus grand respect, il omet certains facteurs qui, considérés comme il se doit, commandent une interprétation et une conclusion différentes au sujet de l’étendue du droit du ministre de se faire représenter par une personne de son choix.

[70] Il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global.

[71] Selon mon collègue, notre Cour doit interpréter le terme « représenter » à l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* comme incluant la préparation et la rédaction de requêtes et autres actes de procédure. Or, comme le souligne la Cour d’appel en l’espèce au par. 63, l’exception au monopole d’exercice des avocats prévue par l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*, et celle énoncée à l’art. 128(2)a)<sup>5</sup> de la *Loi sur le Barreau*, ont été adoptées en même temps :

Le 20 juin 1984, l’article 128 [de la *Loi sur le Barreau*] et l’article 38 de la *Loi sur la Commission des affaires sociales* [L.R.Q., c. C-34] (le prédécesseur de l’article 102 [de la *Loi sur la justice administrative*]) ont été modifiés de façon concordante afin de prévoir le pouvoir du Ministre de se faire représenter devant la Commission des affaires sociales par des personnes qui ne sont pas nécessairement membres du Barreau :

Loi sur le Barreau [modifiée par la *Loi modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1984, c. 27, art. 49]

49. L’article 128 de cette loi est modifié par l’addition, à la fin du sous-paragraphe *a* du paragraphe 2, des sous-paragraphe suivants :

« 5<sup>o</sup> la division de l’aide et des allocations sociales de la Commission des affaires sociales, dans la mesure où il s’agit pour le ministre de la Main-d’œuvre

which has entered into an agreement in accordance with section 35 of the Social Aid Act (R.S.Q., chapter A-16) is to be represented to plead or act in his or its name;”;

Act respecting the Commission des affaires sociales [as amended by the *Act to amend various legislation*, s. 51]

**51.** Section 38 of the Act respecting the Commission des affaires sociales (R.S.Q., chapter C-34) is amended by adding, at the end, the following paragraph:

“At the proof and hearing before the social aid and allowances division, the Minister of Manpower and Income Security or a body which has entered into an agreement in accordance with section 35 of the Social Aid Act is entitled to be represented, to plead or act in his or its name, by the person of his or its choice.”  
[Footnotes omitted.]

[72] These amendments, which were made simultaneously for purposes of concordance, form part of the entire context of the relevant provisions. In my view, the word “represented” used in s. 102 of the *Act respecting administrative justice* must therefore be understood to have the same meaning as the word “represented” used in s. 128(2)(a)(5) of the *Act respecting the Barreau du Québec*. It cannot be concluded from the entire context that the legislature intended otherwise.

[73] As Professor Pierre-André Côté explains, it must be presumed that there is some coherence in enactments of the same legislature:

Different enactments of the same legislature are deemed to be as consistent as the provisions of a single enactment. All the legislation of a legislature is deemed to make up a coherent system. Thus, interpretations favouring harmony between statutes should prevail over those favouring conflict, because the former are presumed to better represent the thought of the legislature.

et de la Sécurité du revenu, ou pour un organisme qui a conclu un accord conformément à l’article 35 de la Loi sur l’aide sociale (L.R.Q., chapitre A-16), de se faire représenter pour plaider ou agir en son nom; »;

Loi sur la Commission des affaires sociales [modifiée par la *Loi modifiant diverses dispositions législatives*, art. 51]

**51.** L’article 38 de la Loi sur la Commission des affaires sociales (L.R.Q., chapitre C-34) est modifié par l’addition, à la fin, de l’alinéa suivant :

« Lors de l’enquête et de l’audition devant la division de l’aide et des allocations sociales, le ministre de la Main-d’œuvre et de la Sécurité du revenu, ou un organisme qui a conclu un accord conformément à l’article 35 de la Loi sur l’aide sociale, a le droit de se faire représenter, pour plaider ou agir en son nom, par une personne de son choix. » [Notes de bas de page omises.]

[72] Ces modifications, qui ont été apportées simultanément à des fins de concordance, font partie du contexte global des dispositions pertinentes. Ainsi, à mon avis, le terme « représenter » utilisé à l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* et le terme « représenter » figurant à l’art. 128(2)a)5° de la *Loi sur le Barreau* doivent s’entendre de la même façon. Le contexte global ne permet pas de conclure que le législateur a voulu qu’il en soit autrement.

[73] En effet, comme l’explique le professeur Pierre-André Côté, il faut présumer l’existence d’une certaine cohérence des lois entre elles :

On suppose qu’il règne, entre les divers textes législatifs adoptés par une même autorité, la même harmonie que celle que l’on trouve entre les divers éléments d’une loi : l’ensemble des lois est censé former un tout cohérent. L’interprète doit donc favoriser l’harmonisation des lois entre elles plutôt que leur contradiction, car le sens de la loi qui produit l’harmonie avec les autres lois est réputé représenter plus fidèlement la pensée de son auteur que celui qui produit des antinomies.

This presumption of coherence in enactments of the same legislature is even stronger when they relate to the same subject matter, *in pari materia*. When conflicts between statutes do arise, however, they should be resolved in such a way as to re-establish the desired harmony. [Footnotes omitted.]

(P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 365)

[74] When analyzing the entire context of a statute, it is also necessary to review and take into account the structure of the statute.

[75] To begin with, s. 128 of the *Act respecting the Barreau du Québec* addresses two separate steps in proceedings before a court or tribunal (*Fortin*, at paras. 30-32). First, s. 128(1) concerns acts performed for others that are the exclusive prerogative of a practising advocate or a solicitor. These acts include the exercise of the power “to prepare and draw up a notice, motion, proceeding or other similar document intended for use in a case before the courts” (s. 128(1)(b)). Second, s. 128(2) concerns acts performed for others that are the exclusive prerogative of a practising advocate and not of a solicitor. They include the exercise of the power “to plead or act before any tribunal, except before . . . the social affairs division of the Administrative Tribunal of Québec, to the extent that the Minister of Employment and Social Solidarity . . . is to be represented to plead or act in his . . . name” (s. 128(2)(a)(5)).

[76] I would, moreover, note in passing that, as the Barreau points out, this distinction between the act of preparing and drawing up on the one hand and that of representing before a tribunal on the other is also made in other Canadian statutes regulating the practice of the legal profession: *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9, s. 1(1) “practice of law” paras. (a) and (b); *Legal Profession Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-6.1, s. 21(1)(d) and (e); *Legal Profession*

Plus concrètement, la présomption de cohérence des lois entre elles se manifeste avec d’autant plus d’intensité que les lois en question portent sur la même matière, sont « *in pari materia* », comme on a l’habitude de dire. D’autre part, il peut apparaître certains conflits entre différentes lois, conflits que l’interprète devra résoudre de manière à rétablir l’harmonie. [Notes en bas de page omises.]

(P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009), par. 1269-1270)

[74] En analysant le contexte global d’une loi, il faut également se pencher sur la structure de la loi et en tenir compte.

[75] D’une part, en ce qui concerne la *Loi sur le Barreau*, l’art. 128 traite de deux étapes distinctes d’un recours aux tribunaux (*Fortin*, par. 30-32). Premièrement, l’art. 128(1) traite des actes exécutés pour le compte d’autrui qui sont du ressort exclusif de l’avocat en exercice ou du conseiller en loi. Ceux-ci incluent notamment l’exercice du pouvoir de « préparer et rédiger un avis, une requête, une procédure et tout autre document de même nature destiné à servir dans une affaire devant les tribunaux » (art. 128(1)b)). Deuxièmement, l’art. 128(2) traite des actes accomplis pour le compte d’autrui qui sont du ressort exclusif de l’avocat en exercice et non du conseiller en loi. Ces actes incluent notamment l’exercice du pouvoir de « plaider ou agir devant tout tribunal, sauf devant [. . .] la section des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec, dans la mesure où il s’agit pour le ministre de l’Emploi et de la Solidarité sociale [. . .], de se faire représenter pour plaider ou agir en son nom » (art. 128(2)a)5°).

[76] D’ailleurs, je note au passage, comme le souligne le Barreau, qu’une telle distinction entre les actes de préparation et de rédaction, d’une part, et les actes de représentation devant les tribunaux, d’autre part, est également faite dans d’autres lois canadiennes encadrant l’exercice de la profession juridique : *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9, art. 1(1) « *practice of law* » al. (a) et (b); *Legal Profession Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-6.1,

*Act*, C.C.S.M., c. L107, s. 20(2)(b) and (3)(a)(ii); *Legal Profession Act*, R.S.N.W.T. (Nu.) 1988, c. L-2, s. 1 “practice of law” paras. (a) and (b)(ii); *Law Society Act, 1999*, S.N.L. 1999, c. L-9.1, s. 2(2)(b) and (c)(ii); *Legal Profession Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. L-2, s. 1 “practice of law” paras. (a) and (b)(ii); *Legal Profession Act*, R.S.Y. 2002, c. 134, s. 1(1) “practice of law” paras. (a) and (b)(ii).

[77] According to the presumption of consistent expression, “when different terms are used in a single piece of legislation, they must be understood to have different meanings”, and “[i]f Parliament has chosen to use different terms, it must have done so intentionally in order to indicate different meanings” (*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at para. 81). As a result, it cannot be argued that the word “represented” used in s. 128(2)(a)(5) of the *Act respecting the Barreau du Québec* has the same meaning as the words “prepare and draw up” used in s. 128(1)(b) of the same Act. Furthermore, given that, as I explained above, the word “represented” used in s. 128(2)(a)(5) of the *Act respecting the Barreau du Québec* must be understood to have the same meaning as the same word used in s. 102 of the *Act respecting administrative justice*, it necessarily follows that the word “represented” used in s. 102 of the *Act respecting administrative justice* does not have the same meaning as the words “prepare and draw up” used in s. 128(1)(b) of the *Act respecting the Barreau du Québec*.

[78] Next, unlike my colleague, I see nothing in the location of s. 102 within Chapter VI of Title II of the *Act respecting administrative justice* that indicates that the word “represented” includes the preparation and drawing up of motions or other written proceedings. That chapter, as I mentioned above, concerns the ATQ’s rules of evidence and procedure.

[79] It is perfectly logical for a provision concerned strictly with oral representation to be located in Chapter VI’s “Division II — General Provisions”, given that it is relevant to several of that chapter’s

al. 21(1)(d) et (e); *Loi sur la profession d’avocat*, C.P.L.M., c. L107, al. 20(2)b) et sous-al. 20(3)a)(ii); *Loi sur la profession d’avocat*, L.R.T.N.-O. (Nun.) 1988, c. L-2, art. 1 « exercice du droit » al. a) et sous-al. b)(ii); *Law Society Act, 1999*, S.N.L. 1999, c. L-9.1, al. 2(2)(b) et sous-al. 2(2)(c)(ii); *Loi sur la profession d’avocat*, L.R.T.N.-O. 1988, c. L-2, art. 1 « exercice du droit » al. a) et sous-al. b)(ii); *Loi sur la profession d’avocat*, L.R.Y. 2002, c. 134, art. 1(1) « exercice du droit » al. a) et sous-al. b)(ii).

[77] Conformément à la présomption d’uniformité d’expression, « lorsque des termes différents sont employés dans un même texte législatif, il faut considérer qu’ils ont un sens différent » et « [i]l faut tenir pour acquis que le législateur a délibérément choisi des termes différents dans le but d’indiquer un sens différent » (*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 81). On ne peut donc prétendre que le terme « représenter » à l’art. 128(2)a)5° de la *Loi sur le Barreau* et l’expression « préparer et rédiger » à l’art. 128(1)b) de la même loi ont le même sens. En outre, comme le terme « représenter » figurant à l’art. 128(2)a)5° de la *Loi sur le Barreau* et le terme « représenter » utilisé à l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* doivent s’entendre de la même façon, tel que je l’ai expliqué plus tôt, il s’ensuit nécessairement que le terme « représenter » à l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* n’a pas le même sens que l’expression « préparer et rédiger » employée à l’art. 128(1)b) de la *Loi sur le Barreau*.

[78] D’autre part, contrairement à mon collègue, je ne vois rien dans l’emplacement de l’art. 102 à l’intérieur du chapitre VI du titre II de la *Loi sur la justice administrative* qui indiquerait que le terme « représenter » inclut la préparation et la rédaction d’une requête ou d’un autre acte de procédure. Ce chapitre, je le rappelle, porte sur les règles de preuve et de procédure du TAQ.

[79] Il est tout à fait cohérent qu’une disposition concernant strictement la représentation orale se trouve à la « section II — Dispositions générales » du chapitre VI vu sa pertinence pour plusieurs des

subsequent divisions. The Minister might have to be represented for the purposes of a case management conference (Division III.1), a conciliation session (Division IV) or a pre-hearing conference (Division V), as well as at a hearing (Division VI). Where s. 102 is located in the *Act respecting administrative justice* therefore does not necessarily mean that it applies to all the divisions of Chapter VI. In my view, the location of s. 102 simply spares the legislature from having to reiterate the Minister's right to be represented orally in each of the relevant divisions.

[80] Moreover, contrary to what my colleague is suggesting, I do not think that s. 129 of the *Act respecting the Barreau du Québec* makes it possible to reconcile that Act with the *Act respecting administrative justice*.

[81] Section 129(b) provides that “[n]one of the provisions of section 128 shall limit or restrict . . . the rights specifically defined and granted to any person by any public or private law”. It thus establishes an exception to the rules set out in s. 128, one whose source lies in another law that grants a specifically defined right.

[82] My colleague finds that s. 102 of the *Act respecting administrative justice* grants the Minister a “specifically defined” right within the meaning of s. 129(b) of the *Act respecting the Barreau du Québec*.

[83] In my view, however, it cannot be said that s. 102 of the *Act respecting administrative justice* grants a specifically defined right. When the legislature has intended to establish such exceptions to the monopoly on practice of advocates in the *Act respecting the Barreau du Québec*, it has done so expressly, either in the various subparagraphs of s. 128(2)(a) or in s. 129 itself, including para. (e), which establishes an exception for notaries:

**129.** None of the provisions of section 128 shall limit or restrict:

sections subséquentes de ce même chapitre. En effet, le ministre pourrait devoir être représenté dans le cadre d'une conférence de gestion (section III.1), d'une séance de conciliation (section IV), d'une conférence préparatoire (section V) ainsi qu'à une audience (section VI). L'emplacement de l'art. 102 dans la *Loi sur la justice administrative* ne signifie donc pas nécessairement que cette disposition s'applique à toutes les sections du chapitre VI. À mon avis, l'emplacement de l'art. 102 évite simplement au législateur de répéter le droit du ministre de se faire représenter oralement dans chacune des sections pertinentes.

[80] De plus, contrairement à ce que suggère mon collègue, je suis d'avis que l'art. 129 de la *Loi sur le Barreau* ne permet pas de réconcilier celle-ci avec la *Loi sur la justice administrative*.

[81] L'article 129b) précise qu'« [a]ucune des dispositions de l'article 128 ne limite ou restreint [. . .] les droits spécifiquement définis et donnés à toute personne par toute loi d'ordre public ou privé ». Cette disposition crée donc une exception aux règles énoncées à l'art. 128, exception dont la source se trouve dans une autre loi qui donne un droit spécifiquement défini.

[82] Selon mon collègue, l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* confère au ministre un « droit spécifiquement défini » visé à l'art. 129b) de la *Loi sur le Barreau*.

[83] Or, j'estime qu'on ne saurait affirmer que l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* accorde un droit spécifiquement défini. Lorsqu'il a voulu créer de telles exceptions au monopole d'exercice des avocats dans la *Loi sur le Barreau*, le législateur l'a fait expressément, soit aux divers sous-sous-paragraphe de l'art. 128(2)a), soit encore à l'art. 129 lui-même, dont le par. e), qui établit une exception en faveur des notaires :

**129.** Aucune des dispositions de l'article 128 ne limite ou restreint :

(e) the right of a practising notary to perform the acts therein set forth except those contemplated in paragraph *b* of subsection 1, other than in non-contentious matters, and in paragraphs *a* and *e* of subsection 2; but a practising notary may imply that judicial proceedings will be taken.

The only other place in the *Act respecting the Barreau du Québec* where such an exception can be found is s. 141, which authorizes members of the Ordre des comptables professionnels agréés du Québec “to prepare and give notices of appeal to the Minister of Revenue of Québec and the Minister of National Revenue of Canada and to discuss with them and their representatives the merits of the assessments imposed upon their clients with respect to taxation”. Such exceptions to the monopoly on practice of advocates are detailed and specific, as would be expected of a provision granting “specifically defined” rights within the meaning of s. 129(b) of the *Act respecting the Barreau du Québec*.

[84] In my view, it is instead the Barreau’s position that must be adopted in order to arrive at a harmonious interpretation of the *Act respecting the Barreau du Québec* and the *Act respecting administrative justice* that maintains consistency between these two statutes: whereas subparas. (3), (5) and (7) of s. 128(2)(a) of the *Act respecting the Barreau du Québec* establish exceptions that authorize people who are not advocates to plead or act for others before the ATQ’s social affairs division in proceedings specified in them, s. 102 of the *Act respecting administrative justice* has a different and complementary purpose, namely to indicate who may represent the parties to whom those exceptions apply, including the Minister, in such proceedings and to limit the scope of such representation.

[85] This interpretation is supported by the fact that, when the legislature established the exceptions provided for in s. 128(2)(a) of the *Act respecting the Barreau du Québec*, it also amended the relevant related statutes to indicate how the exceptions it had just established would operate. As I mentioned

*e*) le droit du notaire en exercice de poser les actes qui y sont énumérés à l’exception de ceux qui sont prévus au sous-paragraphe *b* du paragraphe 1 lorsqu’il ne s’agit pas de matières non contentieuses, et aux sous-paragraphe *a* et *e* du paragraphe 2; toutefois le notaire en exercice peut suggérer que des procédures judiciaires seront intentées.

Le seul autre endroit où l’on retrouve une telle exception dans la *Loi sur le Barreau* est à l’art. 141 de cette loi, lequel permet aux membres de l’Ordre des comptables professionnels agréés du Québec « de préparer et donner avis d’appel au ministre du Revenu du Québec et au ministre du Revenu national du Canada et de discuter avec eux et leurs représentants du bien-fondé des cotisations imposées à leurs clients en matière d’impôt ». De telles exceptions au monopole d’exercice des avocats sont détaillées et précises comme on est en droit de s’attendre d’une disposition octroyant des « droits spécifiquement définis » visés à l’art. 129b) de la *Loi sur le Barreau*.

[84] À mon avis, c’est plutôt la thèse du Barreau qu’il faut retenir afin d’en arriver à une interprétation harmonieuse de la *Loi sur le Barreau* et de la *Loi sur la justice administrative* qui maintient la cohérence entre ces deux lois : alors que les sous-sous-par. 3°, 5° et 7° de l’art. 128(2)a) de la *Loi sur le Barreau* créent les exceptions autorisant des non-avocats à plaider ou agir pour autrui devant la section des affaires sociales du TAQ dans le cadre des recours y précisés, l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* vise un objectif distinct et complémentaire, soit indiquer quelles personnes peuvent représenter les parties bénéficiant de ces exceptions, y compris le ministre, à l’occasion de ces recours, et circonscrire le cadre de ces représentations.

[85] Cette interprétation est appuyée par le fait que, lorsque le législateur a créé les exceptions de l’art. 128(2)a) de la *Loi sur le Barreau*, il a également modifié les lois connexes pertinentes afin d’y prévoir les modalités d’exercice des exceptions qu’il venait de créer. Comme je l’ai mentionné précédemment,



above, s. 128(2)(a)(5) of the *Act respecting the Barreau du Québec* and s. 102 of the *Act respecting administrative justice* clearly illustrate this point. And here are two more examples.

[86] When the legislature added the exception provided for in s. 128(2)(a)(3) of the *Act respecting the Barreau du Québec*, it also amended the *Act respecting the Commission des affaires sociales*, R.S.Q., c. C-34, to specify how the exception would operate:

*An Act respecting occupational health and safety*, S.Q. 1979, c. 63

**274.** Section 128 of the Act respecting the Barreau du Québec . . . is again amended by replacing subparagraph 4 of paragraph *a* of subsection 2 by the following subparagraph:

“(4) [now (3)] the Commission de la santé et de la sécurité du travail, a review board established pursuant to the Act respecting occupational health and safety (1979, c. 63), or the workmen’s compensation division of the Commission des affaires sociales established pursuant to the Act respecting the Commission des affaires sociales (R.S.Q., c. C-34).”

. . .

**283.** Section 38 of the [*Act respecting the Commission des affaires sociales*] is amended by adding, at the end, the following paragraph:

“At the proof and hearing before the workmen’s compensation division, each party is entitled to be assisted by the person of his choice.”

[87] Similarly, when the legislature added the exception provided for in s. 128(2)(a)(4) of the *Act respecting the Barreau du Québec*, it specified how that exception would operate:

*An Act to establish the Régie du logement and to amend the Civil Code and other legislation*, S.Q. 1979, c. 48

**72.** A natural person may be represented by his consort, or by an advocate.

l’art. 128(2)a)5° de la *Loi sur le Barreau* et l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative* illustrent bien ce point. Voici deux autres exemples.

[86] Lorsqu’il a ajouté l’exception prévue à l’art. 128(2)a)3° de la *Loi sur le Barreau*, le législateur a également modifié la *Loi sur la Commission des affaires sociales*, L.R.Q., c. C-34, afin de préciser les modalités d’exercice de cette exception :

*Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.Q. 1979, c. 63

**274.** L’article 128 de la Loi sur le Barreau [. . .] est de nouveau modifié par le remplacement du sous-paragraphe 4° du sous-paragraphe *a* du paragraphe 2 par le suivant :

« 4° [maintenant 3°] la Commission de la santé et de la sécurité du travail, un bureau de révision constitué en vertu de la Loi sur la santé et la sécurité du travail (1979, c. 63), ou la division des accidents du travail de la Commission des affaires sociales instituée en vertu de la Loi sur la Commission des affaires sociales (L.R.Q., c. C-34). »

. . .

**283.** L’article 38 de [la *Loi sur la Commission des affaires sociales*] est modifié par l’addition, à la fin, de l’alinéa suivant :

« Lors de l’enquête et de l’audition devant la division des accidents du travail, chacune des parties a le droit d’être assistée d’une personne de son choix. »

[87] De façon similaire, lorsqu’il a ajouté l’exception prévue à l’art. 128(2)a)4° de la *Loi sur le Barreau*, le législateur a énoncé les modalités d’exercice de cette exception :

*Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d’autres dispositions législatives*, L.Q. 1979, c. 48

**72.** Une personne physique peut être représentée par son conjoint ou par un avocat.

If a natural person cannot appear himself by reason of illness, distance or any other cause considered sufficient by a commissioner, he may also be represented by a person related to him by blood or by marriage or, if there is no such person in the municipality, by a friend.

A corporation may be represented by an officer, a director, an employee exclusively employed by it, or by an advocate.

127. Section 128 of the Act respecting the Barreau du Québec . . . is again amended by adding, at the end of paragraph *a* of subsection 2, the following subparagraph:

“5. [now (4)] The Régie du logement established under the Act to establish the Régie du logement and to amend the Civil Code and other legislation (1979, c. 48).”

[88] The legislature’s intention in enacting s. 129(b) of the *Act respecting the Barreau du Québec* was clearly to preserve its ability to establish exceptions to the rules set out in s. 128 of that Act in other statutes. But what it did in enacting s. 102 of the *Act respecting administrative justice* was merely to specify how the exception it had just established under s. 128(2)(a) of the *Act respecting the Barreau du Québec* would operate.

[89] The legislature does not speak in vain. My colleague’s response to this is that “it must be presumed that legislative omissions are also significant” (para. 40). I agree with him on this point: had the legislature intended to do so, it could also have accompanied the exclusive power of advocates and solicitors under s. 128(1)(b) “to prepare and draw up a notice, motion, proceeding or other similar document intended for use in a case before the courts” with an exception for people other than advocates, which it in fact did in s. 128(2)(a). This omission is indeed telling.

[90] I cannot, as my colleague suggests in para. 35 of his reasons, accept an interpretation that disregards the fact that the legislature, contrary to its past practice, omitted to make a concurrent amendment

Si une telle personne ne peut se présenter elle-même pour cause de maladie, d’éloignement ou toute autre cause jugée suffisante par un régisseur, elle peut aussi être représentée par un parent ou un allié ou, à défaut de parent ou d’allié dans la municipalité, par un ami.

Une corporation peut être représentée par un officier, un administrateur, un employé à son seul service, ou par un avocat.

127. L’article 128 de la Loi sur le Barreau [. . .] est de nouveau modifié par l’addition, à la fin du sous-paragraphe *a* du paragraphe 2, du sous-paragraphe suivant :

« 5° [maintenant 4°] la Régie du logement instituée en vertu de la Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d’autres dispositions législatives (1979, c. 48). »

[88] Certes, en adoptant l’art. 129b) de la *Loi sur le Barreau*, le législateur a voulu préserver la faculté de créer dans d’autres lois des exceptions aux règles de l’art. 128 de la *Loi sur le Barreau*. Toutefois, en édictant l’art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*, il n’a fait qu’énoncer les modalités de l’exception qu’il venait de créer à l’égard de l’art. 128(2)a) de la *Loi sur le Barreau*.

[89] Le législateur ne s’exprime pas inutilement. À cela, mon collègue répond qu’« il faut présumer que les omissions législatives sont également révélatrices » (par. 40). Je suis d’accord avec lui sur ce point : s’il avait voulu, le législateur aurait pu également assortir d’une exception en faveur des non-avocats le pouvoir exclusif des avocats et des conseillers en loi prévu à l’art. 128(1)(b) de « préparer et rédiger un avis, une requête, une procédure et tout autre document de même nature destiné à servir dans une affaire devant les tribunaux », comme il l’a pourtant fait à l’art. 128(2)a). Cette omission est en effet révélatrice.

[90] Je ne peux, comme le suggère mon collègue au par. 35 de ses motifs, retenir une interprétation faisant fi du fait que le législateur ait omis, contrairement à sa pratique passée, de modifier la

to the *Act respecting the Barreau du Québec*. In my opinion, that omission by the legislature is not inconsequential. It must be viewed as a relevant factor in determining the legislature's actual intent.

[91] I therefore conclude that the legislature did not intend to change the scope of s. 102 of the *Act respecting administrative justice*. This interpretation is not only consistent with the language and context of the statute, but it also ensures that the *Act respecting administrative justice* does not conflict with the *Act respecting the Barreau du Québec* — a statute of public order.

[92] Finally, with all due respect, I am of the view that my colleague's interpretation disregards the object of the *Act respecting the Barreau du Québec*.

[93] The *Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, provides that “[e]very provision of an Act is deemed to be enacted for the recognition of rights, the imposition of obligations or the furtherance of the exercise of rights, or for the remedying of some injustice or the securing of some benefit”, and that “[s]uch statute shall receive such fair, large and liberal construction as will ensure the attainment of its object and the carrying out of its provisions, according to their true intent, meaning and spirit” (s. 41).

[94] The *Professional Code* provides that “[t]he principal function of each order shall be to ensure the protection of the public” (s. 23). In *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17, this Court confirmed that the Barreau's primary objective is to protect the public and that the purpose for its being given a monopoly over the practice of the profession was “to recognize the social importance of the role of the lawyer in a democratic society founded on the rule of law” (para. 17). In *Fortin*, the Court noted that “[t]he special rules governing the practice of the legal profession are justified by the importance of the acts that advocates engage in, the vulnerability of the litigants who entrust their rights to them, and the need to preserve the relationship of trust between advocates and their clients” (para. 17).

*Loi sur le Barreau* de façon concomitante. À mon avis, cette omission du législateur n'est pas sans conséquence. Elle doit être considérée comme un élément permettant de cerner la réelle intention du législateur.

[91] Par conséquent, je conclus que le législateur n'avait pas l'intention de modifier la portée de l'art. 102 de la *Loi sur la justice administrative*. Cette interprétation est non seulement conforme avec la lettre et le contexte de la loi, mais elle évite également toute contradiction avec la *Loi sur le Barreau* — une loi d'ordre public.

[92] Enfin, et cela dit avec beaucoup d'égards, je suis d'avis que l'interprétation retenue par mon collègue ignore l'objet de la *Loi sur le Barreau*.

[93] La *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, énonce que « [t]oute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage », et qu'« [u]ne telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin » (art. 41).

[94] Le *Code des professions* précise que « [c]haque ordre a pour principale fonction d'assurer la protection du public » (art. 23). Dans l'affaire *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17, notre Cour a confirmé que le premier objectif du Barreau est de protéger le public, et qu'on a octroyé à cet organisme le monopole de l'exercice de la profession « pour reconnaître l'importance sociale du rôle de l'avocat dans une société démocratique fondée sur la règle de droit » (par. 17). Dans l'affaire *Fortin*, notre Cour a souligné que « [l]'importance des actes posés par les avocats, la vulnérabilité des justiciables qui leur confient leurs droits et la nécessité de préserver la relation de confiance qui existe entre eux justifient cet encadrement particulier de l'exercice de la profession juridique » (par. 17).

[95] The *Act respecting the Barreau du Québec* must therefore receive such fair, large and liberal construction as will ensure the fulfilment of its principal function, protecting the public (see *Pharmascience Inc. v. Binet*, 2006 SCC 48, [2006] 2 S.C.R. 513, at para. 35; *Tremblay v. Québec (Tribunal des professions)*, 2006 QCCA 1441, 61 Admin. L.R. (4th) 67, at para. 42).

[96] In my view, such a construction supports my conclusion that only an advocate or a solicitor may prepare and draw up a notice, motion, proceeding or other similar document intended for use in a case before the ATQ's social affairs division.

[97] The Court of Appeal instead gave precedence to the access to justice objective of the *Act respecting administrative justice* (2016 QCCA 536, at para. 51). On this point, I find it appropriate to recall the explanation this Court gave in *Fortin*, at para. 48:

It is a mistake to believe that access to justice in Canada is furthered by allowing people to use proceedings prepared or drawn up by persons who are not members of the Barreau, or persons who have been struck off the Roll as a result of a breach of professional standards, and who claim to be capable of providing good quality service. On the contrary, it may often be adverse to litigants' own interests to exercise that freedom.

### C. Conclusion

[98] It may be tempting to prefer the consequences of the interpretation endorsed by my colleague Brown J., particularly because it may seem simpler if a single person can both represent the Minister before a tribunal and prepare and draw up for him or her the written proceedings needed for that purpose. However, it hardly seems necessary to say that the pursuit of simpler solutions is not a principle of statutory interpretation. Our role is to interpret legislation in accordance with the relevant principles and to apply it, not to change it.

[99] In my view, the Court of Appeal erred in applying the reasonableness standard of review. It also

[95] En conséquence, la *Loi sur le Barreau* doit recevoir une interprétation large et libérale qui assure la réalisation de sa principale fonction, la protection du public (voir *Pharmascience Inc. c. Binet*, 2006 CSC 48, [2006] 2 R.C.S. 513, par. 35; *Tremblay c. Québec (Tribunal des professions)*, 2006 QCCA 1441, 61 Admin. L.R. (4th) 67, par. 42).

[96] À mon avis, une telle interprétation appuie ma conclusion, c'est-à-dire que seuls les avocats ou conseillers en loi peuvent préparer et rédiger un avis, une requête, une procédure et tout autre document de même nature destiné à servir dans une affaire devant la section des affaires sociales du TAQ.

[97] La Cour d'appel a plutôt fait primer l'objectif d'accès à la justice de la *Loi sur la justice administrative* (2016 QCCA 536, par. 51). Sur ce point, je crois à propos de rappeler les enseignements énoncés par notre Cour dans l'affaire *Fortin*, par. 48 :

C'est se méprendre que de croire que le fait de laisser les gens se servir de procédures préparées ou rédigées par des personnes non-membres du Barreau ou radiées de celui-ci à la suite d'une contravention aux normes de la profession et qui prétendent pouvoir offrir des services de qualité, favorise l'accessibilité à la justice au Canada. Bien au contraire, l'exercice de cette liberté par les justiciables peut souvent aller à l'encontre de leurs propres intérêts.

### C. Conclusion

[98] Il peut être tentant de préférer les conséquences de l'interprétation retenue par mon collègue le juge Brown, notamment parce qu'il peut sembler plus simple qu'une même personne puisse à la fois représenter le ministre devant les tribunaux, en plus de préparer et de rédiger pour lui les actes de procédure nécessaires à cette fin. Est-il besoin toutefois de rappeler que la poursuite de solutions plus simples n'est pas un principe d'interprétation des lois? Notre rôle consiste à interpréter le texte de la loi selon les principes pertinents et à l'appliquer, et non à le modifier.

[99] À mon avis, la Cour d'appel a erré en appliquant la norme de contrôle de la décision raisonnable.

erred in interpreting the scope of the Minister's right to be represented by a person of his or her choice. I would allow the appeal and grant the motions for judicial review. Because the written proceedings were invalid "*ab initio*", I would declare that the motions for review filed with the ATQ in the cases in question are null and must be dismissed.

*Appeal dismissed with costs, CÔTÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Jolicoeur Lacasse, Québec; Barreau du Québec, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Lavoie Rousseau (Justice-Québec), Québec.*

*Solicitors for the intervener Ordre des comptables professionnels agréés du Québec: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Chartered Professional Accountants of Canada: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.*

Elle a également erré dans son interprétation de l'étendue du droit du ministre de se faire représenter par une personne de son choix. J'accueillerais l'appel et les requêtes en révision judiciaire. Puisque les procédures sont viciées « *ab initio* », je déclarerais nulles et irrecevables les requêtes en révision devant le TAQ dans les dossiers visés.

*Pourvoi rejeté avec dépens, la juge CÔTÉ est dissidente.*

*Procureurs de l'appelant : Jolicoeur Lacasse, Québec; Barreau du Québec, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée : Lavoie Rousseau (Justice-Québec), Québec.*

*Procureurs de l'intervenant l'Ordre des comptables professionnels agréés du Québec : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante les Comptables professionnels agréés du Canada : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.*

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour suprême  
du Canada**

---

**Part 3, 2017 Vol. 2**

**3<sup>e</sup> cahier, 2017 Vol. 2**

Cited as [2017] 2 S.C.R. 539-793

Renvoi [2017] 2 R.C.S. 539-793

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.  
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef  
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
BARBARA KINCAID

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	Legal Counsel / Conseillers juridiques ANDRÉ GOLDENBERG	JACQUELINE STENCEL
JANICE CHENEY	LEE ANN GORMAN	LESLI TAKAHASHI
HARLEY D'AOÛT	KAREN LEVASSEUR	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	STÉPHANIE MORIN	RENÉE THÉRIALT
ANNE DES ORMEAUX	JOANNE NORMAN	RENÉE MARIA TREMBLAY
GENEVIÈVE DOMEY	IDA SMITH	ANNA TURINOV

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

DAVID AUBRY	Jurilinguists / Jurilinguistes MARIE-CHRISTIANE BOUCHER	MARIE RODRIGUE
STEPHEN BALOGH	JULIE BOULANGER	CLAIRE VALLÉE
	AUDRA POIRIER	

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
PETER O'DOHERTY

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques MINA CONNELLY	LAUREN KOSHURBA
AUDREY-ANNE BERGERON		LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0J1 together with the old address.*

*Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.*



## CONTENTS

### **R. v. Sciascia ..... 539**

Courts — Jurisdiction — Trial — Procedure — Joinder — Accused tried for provincial offences and summary conviction criminal offences arising from same events in single proceeding — Whether Ontario provincial court judge had jurisdiction to conduct joint trial and, if not, whether error can be saved by curative provisos.

### **First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon ..... 576**

Aboriginal law — Treaty rights — Land claims — Honour of the Crown — Federal and territorial governments and First Nations entered into final land claims agreements setting out consultative and collaborative process for development of land use plans — Modifications submitted by Yukon failed to follow process contemplated by final agreements — Role of courts in resolving disputes arising in context of modern treaty implementation — Whether Yukon's approval of plan authorized by final agreements — Appropriate remedy when government breaches obligation under modern treaty.

### **R. v. Marakah ..... 608**

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Standing — Search and seizure — Evidence — Admissibility — Text messages — Mobile devices of accused and accomplice seized and searched without warrant — Whether accused has reasonable expectation of privacy in text message conversation recovered on accomplice's device and therefore standing to challenge search and admission of evidence — Whether guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms protects text messages recovered on recipient's device — Whether evidence should be excluded under s. 24(2) of Charter — If so, whether curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of Criminal Code applies — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

### **R. v. Jones ..... 696**

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Standing — Search and seizure — Evidence —

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **R. c. Sciascia ..... 539**

Tribunaux — Compétence — Procès — Procédure — Réunion d'accusations — Accusé jugé lors d'un procès unique pour des infractions provinciales et des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire découlant de mêmes événements — Le juge de la cour provinciale de l'Ontario avait-il compétence pour instruire un procès conjoint et, sinon, peut-il être remédié à cette erreur par l'application de dispositions réparatrices?

### **First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon ..... 576**

Droit des Autochtones — Droits issus de traités — Revendications territoriales — Honneur de la Couronne — Ententes définitives sur les revendications territoriales conclues entre les gouvernements fédéral et territorial et les Premières Nations prévoyant un processus de consultation et de collaboration pour l'élaboration de plans d'aménagement du territoire — Modifications proposées par le Yukon en dérogation au processus envisagé dans les ententes définitives — Rôle des tribunaux dans le règlement des conflits que suscite la mise en œuvre des traités modernes — Les ententes définitives autorisent-elles le Yukon à approuver son plan? — Réparation appropriée lorsque le gouvernement ne respecte pas une obligation que prévoit un traité moderne.

### **R. c. Marakah ..... 608**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Qualité pour agir — Fouilles, perquisitions et saisies — Preuve — Admissibilité — Messages textes — Saisie et fouille sans mandat des appareils mobiles de l'accusé et de son complice — L'accusé a-t-il une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard d'une conversation par message texte récupérée à partir de l'appareil du complice et, en conséquence, qualité pour contester la recherche et l'admission d'éléments de preuve? — La protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garantie à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés vise-t-elle les messages textes récupérés à partir de l'appareil du destinataire? — Y a-t-il lieu d'écarter les éléments de preuve en application de l'art. 24(2) de la Charte? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice de l'art. 686(1)(b)(iii) du Code criminel s'applique-t-elle? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

### **R. c. Jones ..... 696**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Qualité pour agir — Fouilles, perquisitions et

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Admissibility — Text messages — Accused seeking to exclude at trial text message records obtained by production order from telecommunications service provider — Whether accused has reasonable expectation of privacy in text messages stored by service provider and therefore standing under s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms to challenge production order — Whether accused permitted to rely on Crown theory for purposes of establishing subjective expectation of privacy.

Criminal law — Evidence — Production orders — Invasion of privacy — Interception of communications — Police obtaining order under s. 487.012 of Criminal Code for production of text messages stored on service provider's infrastructure — Whether production order provides lawful authority for seizing stored text messages or whether wiretap authorization under Part VI of Criminal Code required for seizure to comply with s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 183 "intercept", 487.012.

### **Cowper-Smith v. Morgan ..... 754**

Wills and estates — Wills — Property — Equity — Proprietary estoppel — Remedies — Claimant relying to his detriment on promises made by co-beneficiary of their mother's estate to transfer co-beneficiary's interest in property to claimant — Whether trial judge erred in concluding that proprietary estoppel operated to enforce promisor's promise — Whether evidence supports trial judge's conclusion that elements of proprietary estoppel were met — Whether promisor's lack of ownership in property at time promise was made defeats claimant's equitable claim — What is appropriate remedy.

## SOMMAIRE (Fin)

saisies — Preuve — Admissibilité — Messages textes — Demande de l'accusé en vue de faire écarter au procès des relevés contenant des messages textes obtenus d'un fournisseur de services de télécommunications au moyen d'une ordonnance de communication — L'accusé a-t-il une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des copies des messages textes conservées par le fournisseur de services et, en conséquence, qualité pour contester l'ordonnance de communication en vertu de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'accusé est-il autorisé à s'appuyer sur la thèse de la Couronne afin d'établir son attente subjective au respect de sa vie privée?

Droit criminel — Preuve — Ordonnances de communication — Atteinte à la vie privée — Interception de communications — Obtention par les policiers d'une ordonnance prévue à l'art. 487.012 du Code criminel en vue de se faire communiquer des messages textes conservés dans l'infrastructure du fournisseur de services — Une ordonnance de communication permet-elle de saisir légalement de tels messages ou est-il nécessaire d'obtenir une autorisation de mise sous écoute électronique en vertu de la partie VI du Code criminel pour que la saisie respecte l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 183 « intercepter », 487.012.

### **Cowper-Smith c. Morgan ..... 754**

Successions — Testaments — Biens — Equity — Préclusion propriétaire — Recours — Demandeur se fiant, à son préjudice, à des promesses faites par une cobénéficiaire de la succession de leur mère de lui transférer son intérêt de cobénéficiaire dans un bien — La juge de première instance a-t-elle conclu à tort que la préclusion propriétaire permettait de faire respecter la promesse de la promettante? — La preuve étaye-t-elle la conclusion de la juge de première instance selon laquelle les éléments de la préclusion propriétaire sont réunis? — La demande en equity du demandeur doit-elle échouer parce que la promettante ne détenait aucun intérêt dans le bien au moment de la promesse? — Quelle réparation convient-il d'accorder?



**Joseph Sciascia** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of British Columbia**  
*Intervener*

**INDEXED AS: R. v. SCIASCIA**

**2017 SCC 57**

File No.: 37155.

2017: April 24; 2017: November 23.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner,  
Gascon, Côté and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Courts — Jurisdiction — Trial — Procedure — Joinder — Accused tried for provincial offences and summary conviction criminal offences arising from same events in single proceeding — Whether Ontario provincial court judge had jurisdiction to conduct joint trial and, if not, whether error can be saved by curative provisos.*

Following an episode of erratic driving, S was charged with offences under the *Criminal Code* in one information and with offences under Ontario's *Highway Traffic Act* in another information. The Crown elected to proceed by way of summary conviction for the criminal offences. With his consent, S was tried in the Ontario Court of Justice for all of the offences in a single proceeding, and was found guilty of one criminal offence and one provincial offence. He appealed from his convictions, arguing that the trial judge lacked jurisdiction to conduct a joint trial on the criminal and provincial charges and that his trial was therefore a nullity. The summary conviction appeal judge dismissed the appeals. The Court of Appeal found that the trial judge lacked jurisdiction to hold a joint trial, but dismissed the appeals on the basis that the error could be cured by applying the procedural proviso under s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code* and the

**Joseph Sciascia** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de la Colombie-Britannique** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : R. c. SCIASCIA**

**2017 CSC 57**

N° du greffe : 37155.

2017 : 24 avril; 2017 : 23 novembre.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis,  
Wagner, Gascon, Côté et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Tribunaux — Compétence — Procès — Procédure — Réunion d'accusations — Accusé jugé lors d'un procès unique pour des infractions provinciales et des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire découlant de mêmes événements — Le juge de la cour provinciale de l'Ontario avait-il compétence pour instruire un procès conjoint et, sinon, peut-il être remédié à cette erreur par l'application de dispositions réparatrices?*

À la suite d'un épisode de conduite erratique, S a été accusé d'infractions prévues au *Code criminel* dans une dénonciation et d'infractions au *Code de la route* de l'Ontario dans une autre dénonciation. Le ministère public a choisi de procéder par procédure sommaire relativement aux infractions criminelles. Avec son consentement, S a subi devant la Cour de justice de l'Ontario un seul procès pour l'ensemble des accusations, et a été déclaré coupable d'une infraction criminelle et d'une infraction provinciale. Il a interjeté appel des déclarations de culpabilité, faisant valoir que le juge du procès n'avait pas compétence pour juger à la fois les infractions criminelles et les infractions provinciales dans le cadre d'un procès conjoint et que, en conséquence, son procès était frappé de nullité. La juge d'appel en matière de poursuites sommaires a rejeté les appels. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès n'avait pas compétence pour tenir un procès conjoint,

proviso under s. 120(1)(b)(iii) of the *Provincial Offences Act* (“*POA*”).

*Held* (Côté J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Rowe JJ.: The trial judge had jurisdiction to conduct a joint trial of the provincial charges and summary conviction criminal charges, and he did not err in exercising his discretion to do so in the circumstances.

An Ontario Court of Justice judge has statutory jurisdiction to try provincial charges and to try summary conviction criminal charges, and there is no provision in the *Criminal Code* or the *POA* that expressly prohibits trying those charges jointly. Absent such a provision, the jurisdiction of an Ontario Court of Justice judge to conduct a joint trial of provincial charges and summary conviction criminal charges depends on compliance with legislative intent and adherence to relevant common law principles.

Permitting a joint trial of provincial charges and summary conviction criminal charges is consistent with the intent of both the *POA* and the *Criminal Code*. The *POA* was designed to implement more efficient procedures to deal with the large volume of provincial offences that were clogging up courts in Ontario. Although the separation of *POA* prosecutions from the more rigorous and time-consuming criminal trial process was designed in the main to enhance efficiency and reduce court backlogs, where this objective of efficiency is better served by conducting a joint trial than by holding separate trials, it would pervert the true spirit and objectives of the *POA* to blindly enforce strict separation.

The two-part common law test for joinder set out in *R. v. Clunas*, [1992] 1 S.C.R. 595, applies to joinder of a provincial charge and a criminal charge. The first element of the test, which requires that the offences could initially have been jointly charged, can be satisfied even when

mais elle a rejeté les appels, estimant que l’erreur pouvait être remédiée en appliquant l’exception d’ordre procédural prévue au sous-al. 686(1)b(iv) du *Code criminel* ainsi que l’exception prévue au sous-al. 120(1)b(iii) de la *Loi sur les infractions provinciales* (« *LIP* »).

*Arrêt* (la juge Côté est dissidente) : L’appel est rejeté.

*Les juges* Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Rowe : Le juge du procès avait compétence pour mener un procès conjoint relativement à des accusations provinciales et à des accusations criminelles relatives à des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, et il n’a pas commis d’erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire d’en tenir un dans les circonstances.

La loi confère compétence aux juges de la Cour de justice de l’Ontario pour instruire tant les accusations relatives à des infractions provinciales que celles, criminelles, punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. En outre, aucune disposition du *Code criminel* ou de la *LIP* n’interdit expressément la tenue d’un procès conjoint pour juger de telles accusations. En l’absence d’une telle disposition, la compétence d’un juge de la Cour de justice de l’Ontario d’instruire conjointement ces deux types d’accusations procède du respect de l’intention du législateur et des principes de common law applicables.

L’instruction conjointe d’accusations relatives à des infractions provinciales et à des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire est conforme à l’esprit tant du *Code criminel* que de la *LIP*. Cette dernière a été conçue pour favoriser la mise en œuvre de procédures plus efficaces visant à donner suite au grand nombre d’accusations relatives à des infractions provinciales qui engorgeaient les tribunaux ontariens. Bien que la séparation des poursuites fondées sur la *LIP* du processus d’instruction en matière criminelle — qui est plus rigoureux et qui comporte de plus longs délais — ait été conçue principalement pour accroître l’efficacité du système judiciaire et en réduire les retards, lorsque la tenue d’un procès conjoint permet de mieux réaliser l’objectif d’efficacité que la tenue de procès distincts, l’application servile de la règle de la séparation des procès dénuerait la *LIP* de son esprit véritable et la détournerait de ses objectifs.

Le test de common law à deux volets relatif à la réunion d’accusations énoncé dans *R. c. Clunas*, [1992] 1 R.C.S. 595, s’applique à la réunion d’accusations relatives à une infraction provinciale et à une infraction criminelle. Il peut être satisfait au premier volet — soit la question de

a provincial offence and a criminal offence cannot be charged in the same physical document, as in Ontario. A functional approach to this element asks not whether it is technically possible to use the same prescribed form, but rather whether there is a sufficient factual nexus between the provincial charges and the criminal charges. The second element requires that a joint trial be in the interests of justice. This inquiry involves a weighing of the costs and benefits of a joint trial. An accused person's consent is relevant, but the ultimate decision of whether to conduct a joint trial lies with the court.

In the present case, conducting a joint trial was permissible and desirable in the interests of justice: no provision in the relevant statutes prohibited the trial judge from conducting a joint trial; allowing for a joint trial was consistent with enhancing efficiency; the charges related to the same course of events, establishing a clear factual nexus; and there was no prejudice to the accused.

*Per* Côté J. (dissenting): A judge of the Ontario Court of Justice lacks the jurisdiction to conduct a joint trial of provincial offences and summary conviction criminal offences. Where a province has created a procedural regime for provincial offences that is designed to operate separately and apart from the federal criminal justice system, like the regime contained within the *POA*, the courts must respect this legislative choice. A joint trial of a summary conviction offence under the *Criminal Code* and of a provincial offence would therefore be inconsistent with the legislative intention behind the *POA*.

Both the wording and the context of this statute signal that the legislature's intention was to implement a procedural regime that applies exclusively to provincial offences. Conducting joint trials would undermine this intent by ignoring the important distinction between provincial offences and true crimes — a distinction that lies at the heart of the *POA* — and the separate sets of procedures that apply to each. Neither the consent of the accused nor the absence of prejudice is of any significance, since those elements cannot create jurisdiction where it did not exist to begin with.

savoir si les accusations auraient pu être portées conjointement à l'origine — même si une infraction provinciale et une infraction criminelle ne peuvent pas être réunies dans un même document, comme c'est le cas en Ontario. Suivant l'approche fonctionnelle de ce volet, il ne s'agit pas de savoir si l'utilisation d'une même formule prescrite est possible sur le plan technique, mais plutôt de savoir s'il existe un lien factuel suffisant entre les accusations relatives à des infractions provinciales et celles relatives à des infractions criminelles. Selon le second volet du test, le procès conjoint doit servir les intérêts de la justice. Pour analyser cette question, les tribunaux doivent mettre en balance les avantages et les inconvénients d'un procès conjoint. Le consentement de l'accusé est un facteur pertinent, mais la décision de tenir ou non un tel procès appartient au tribunal.

En l'espèce, il est permis et souhaitable de tenir un procès conjoint, qui sert les intérêts de la justice : aucune disposition des lois applicables n'interdit au juge du procès de tenir un procès conjoint; permettre la tenue d'un tel procès est compatible avec l'objectif d'accroissement de l'efficacité; les accusations reposent sur les mêmes événements, ce qui établit l'existence d'un lien factuel évident; et l'accusé n'a subi aucun préjudice.

*La* juge Côté (dissidente) : Un juge de la Cour de justice de l'Ontario n'a pas la compétence nécessaire pour procéder à l'instruction conjointe d'infractions provinciales et d'infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Lorsqu'une province a établi un régime procédural applicable aux infractions provinciales et conçu pour fonctionner de manière indépendante et distincte du système de justice pénale canadien, comme le régime décrit dans la *LIP*, les tribunaux doivent respecter le choix du législateur. La tenue d'un procès conjoint relativement à une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire prévue au *Code criminel* et à une infraction provinciale serait donc incompatible avec l'intention du législateur sous-tendant la *LIP*.

Tant le libellé que le contexte de cette loi signalent l'intention qu'avait la législature en l'adoptant : mettre en place un régime procédural s'appliquant exclusivement aux infractions provinciales. La tenue de procès conjoints serait incompatible avec une telle intention, faisant ainsi fi de la distinction importante entre les infractions provinciales et les crimes réels — une distinction qui est au cœur de la *LIP* — et entre la procédure distincte qui s'applique aux unes et aux autres. Ni le consentement de l'accusé ni l'absence de préjudice subi n'a d'importance, puisque ces faits ne peuvent suffire à conférer une compétence qui n'existait pas dès le départ.

The common law rules for joinder set out in *Clunas* are not applicable to joinder of the criminal and provincial charges in the present case. First, joining these charges together in a single trial would be inconsistent with the legislative scheme contained within the *POA*. The intent of the legislature on the question of jurisdiction takes precedence over the common law rules, as the common law cannot permit a joint trial where the legislature's intent was to maintain two separate justice systems. Second, *Clunas* was decided solely within the context of the *Criminal Code* and dealt with charges under the same statute that were prescribed by the same level of government and were subject to the same evidentiary and procedural rules, whereas the present case deals with statutes enacted by different levels of government, each of which has its own distinct procedures and rules of evidence.

The provincial court judge's error in conducting a joint trial cannot be saved by the curative provisos in either the *Criminal Code* or the *POA*. While loss of jurisdiction as a result of procedural irregularities can be cured by s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code*, that provision cannot cure the absence of jurisdiction in the first place. The error in this case was not a procedural irregularity, but rather a foundational defect in the proceedings — there was a total absence of jurisdiction to conduct the joint trial. Moreover, this proviso should not be used to cure the systematic thwarting of the legislature's intent. As for s. 120(1)(b)(iii) of the *POA*, it does not apply since there was no error of law in this case, but rather a total absence of jurisdiction to proceed with a joint trial.

### Cases Cited

By Moldaver J.

**Applied:** *R. v. Clunas*, [1992] 1 S.C.R. 595; **considered:** *R. v. S.J.L.*, 2009 SCC 14, [2009] 1 S.C.R. 426; **referred to:** *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306; *In re Clayton*, [1983] 2 W.L.R. 555; *R. v. Massick* (1985), 21 C.C.C. (3d) 128; *R. v. Jamieson* (1981), 64 C.C.C. (2d) 550, aff'd (1982), 66 C.C.C. (2d) 576; *London (City) v. Young*, 2008 ONCA 429, 91 O.R. (3d) 215; *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360; *R. v. Rodgeron*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27,

Les règles de common law applicables à la réunion d'accusations énoncées dans *Clunas* ne s'appliquent pas à la réunion des accusations criminelles et provinciales en l'espèce. Premièrement, le fait de réunir ces accusations pour les instruire dans le cadre d'un même procès est incompatible avec le régime législatif créé par la *LIP*. L'intention du législateur relativement à la question de compétence l'emporte sur les règles de common law, puisque cette dernière ne saurait permettre la tenue d'un procès conjoint là où l'intention du législateur était de maintenir deux systèmes de justice distincts. Deuxièmement, *Clunas* a été rendu uniquement dans le contexte du *Code criminel*, et avait trait à des accusations portées en vertu des dispositions de la même loi, prescrites par le même palier de gouvernement, et donc assujetties aux mêmes règles en matière de preuve et de procédure. En l'espèce, il est plutôt question de dispositions législatives édictées par deux paliers de gouvernement différents, qui se sont tous les deux dotés de leurs propres procédures et de règles de preuve distinctes.

Il ne peut être remédié à l'erreur commise par le juge de la cour provinciale de tenir un procès conjoint par les dispositions réparatrices du *Code criminel* ou de la *LIP*. Bien que la perte de compétence résultant d'une irrégularité de procédure puisse être réparée au moyen du sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel*, cette disposition ne saurait permettre de pallier l'absence de compétence dès le départ. En l'espèce, l'erreur n'était pas une irrégularité de procédure, mais constituait un vice de procédure fondamental — il y avait absence totale de compétence pour tenir le procès conjoint. En outre, cette disposition réparatrice ne devrait pas servir de remède à la mise en échec systématique de l'intention de la législature. Le sous-alinéa 120(1)(b)(iii) de la *LIP* ne trouve pas application en l'espèce puisqu'aucune erreur de droit n'a été commise et qu'il y avait plutôt absence totale de compétence pour tenir un procès conjoint.

### Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

**Arrêt appliqué :** *R. c. Clunas*, [1992] 1 R.C.S. 595; **arrêt examiné :** *R. c. S.J.L.*, 2009 CSC 14, [2009] 1 R.C.S. 426; **arrêts mentionnés :** *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306; *In re Clayton*, [1983] 2 W.L.R. 555; *R. c. Massick* (1985), 21 C.C.C. (3d) 128; *R. c. Jamieson* (1981), 64 C.C.C. (2d) 550, conf. par (1982), 66 C.C.C. (2d) 576; *London (City) c. Young*, 2008 ONCA 429, 91 O.R. (3d) 215; *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360; *R. c. Rodgeron*, 2015 CSC 38, [2015] 2

[2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858; *R. v. Chow*, 2005 SCC 24, [2005] 1 S.C.R. 384; *R. v. Last*, 2009 SCC 45, [2009] 3 S.C.R. 146.

By Côté J. (dissenting)

*R. v. S.J.L.*, 2009 SCC 14, [2009] 1 S.C.R. 426; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *R. v. Rodgeron*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760; *R. v. Clunas*, [1992] 1 S.C.R. 595; *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31; *R. v. Dudley*, 2009 SCC 58, [2009] 3 S.C.R. 570; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 7, 9(2), 16.1, 29, 30.  
*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 249, 270.01, 486.3, 591(3), 599(1), 669.2(1), 686(1)(b)(iv), 785 “proceedings”, 788(1).  
*Evidence Act*, R.S.O. 1990, c. E.23, ss. 12, 18.1, 18.6, 23, 33, 35(1).  
*Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8, ss. 201, 216.  
*Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990, c. P.33, ss. 1(1) “offence”, 2(1), 23, 29(4), 30(2), (3), 47(1), 120(1)(b)(iii).  
*Rules of the Ontario Court (Provincial Division) in Provincial Offences Proceedings*, R.R.O. 1990, Reg. 200, r. 32(5).  
*Summary Convictions Act*, R.S.O. 1970, c. 450, s. 3.

### Authors Cited

Doherty, David H. “Phillips: An Unwarranted Return to the ‘Punctilio of an Earlier Age’” (1983), 35 C.R. (3d) 203.  
 Ontario. Ministry of the Attorney General. *Provincial Offences Procedure: An Analysis and Explanation of Legislative Proposals — The Provincial Offences Act, 1978 and The Provincial Courts Amendment Act, 1978*. Toronto, 1978.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Watt and Miller J.J.A.), 2016 ONCA 411, 131 O.R. (3d) 375, 336 C.C.C. (3d) 419, 350 O.A.C. 86, [2016] O.J. No. 2789 (QL), 2016 CarswellOnt 8328 (WL Can.), affirming a decision of Morissette J., 2015 ONSC 1885, [2015] O.J.

R.C.S. 760; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858; *R. c. Chow*, 2005 CSC 24, [2005] 1 R.C.S. 384; *R. c. Last*, 2009 CSC 45, [2009] 3 R.C.S. 146.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*R. c. S.J.L.*, 2009 CSC 14, [2009] 1 R.C.S. 426; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *R. c. Rodgeron*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760; *R. c. Clunas*, [1992] 1 R.C.S. 595; *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31; *R. c. Dudley*, 2009 CSC 58, [2009] 3 R.C.S. 570; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 249, 270.01, 486.3, 591(3), 599(1), 669.2(1), 686(1)(b)(iv), 785 « procédures », 788(1).  
*Code de la route*, L.R.O. 1990, c. H.8, art. 201, 216.  
*Loi sur la preuve*, L.R.O. 1990, c. E.23, art. 12, 18.1, 18.6, 23, 33, 35(1).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 7, 9(2), 16.1, 29, 30.  
*Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1990, c. P.33, art. 1(1) « infraction », 2(1), 23, 29(4), 30(2), (3), 47(1), 120(1)(b)(iii).  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43.  
*Rules of the Ontario Court (Provincial Division) in Provincial Offences Proceedings*, R.R.O. 1990, Reg. 200, r. 32(5).  
*Summary Convictions Act*, R.S.O. 1970, c. 450, art. 3.

### Doctrine et autres documents cités

Doherty, David H. « Phillips : An Unwarranted Return to the “Punctilio of an Earlier Age” » (1983), 35 C.R. (3d) 203.  
 Ontario. Ministère du Procureur général. *Provincial Offences Procedure : An Analysis and Explanation of Legislative Proposals — The Provincial Offences Act, 1978 and The Provincial Courts Amendment Act, 1978*, Toronto, 1978.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges MacPherson, Watt et Miller), 2016 ONCA 411, 131 O.R. (3d) 375, 336 C.C.C. (3d) 419, 350 O.A.C. 86, [2016] O.J. No. 2789 (QL), 2016 CarswellOnt 8328 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Morissette, 2015 ONSC



No. 1427 (QL), 2015 CarswellOnt 3948 (WL Can.), affirming the convictions of the accused for dangerous operation of a motor vehicle and failing to stop for the police. Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

*Owen Wigderson, Owen M. Rees and Benjamin Grant*, for the appellant.

*Lorna Bolton*, for the respondent.

*John R. W. Caldwell*, for the intervener.

The judgment of Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Rowe JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

## I. Overview

[1] This appeal concerns the jurisdiction of a judge of the Ontario Court of Justice (“OCJ judge”) to try provincial charges and summary conviction criminal charges together in a single proceeding.<sup>1</sup> As I will explain, in my view, conducting a joint trial is both permissible and desirable where the provincial charges and the summary conviction criminal charges share a sufficient factual nexus and it is in the interests of justice to try them together.

[2] The appellant, Joseph Sciascia, was tried by an OCJ judge, in a single proceeding, for the following four offences: (1) dangerous operation of a motor vehicle (a criminal offence under s. 249 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46); (2) assaulting a police officer with a weapon (a criminal offence

<sup>1</sup> In these reasons, “summary conviction” refers to both straight summary offences and hybrid offences where the Crown elects to proceed summarily.

1885, [2015] O.J. No. 1427 (QL), 2015 CarswellOnt 3948 (WL Can.), qui avait confirmé les déclarations de culpabilité de l’accusé pour conduite dangereuse d’un véhicule à moteur et pour défaut de s’arrêter à la demande d’un agent de police. Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

*Owen Wigderson, Owen M. Rees et Benjamin Grant*, pour l’appelant.

*Lorna Bolton*, pour l’intimée.

*John R. W. Caldwell*, pour l’intervenant.

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Rowe rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

## I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi porte sur la compétence d’un juge de la Cour de justice de l’Ontario (« juge de la CJO ») pour juger dans une même instance des accusations relatives à la fois à des infractions provinciales et à des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire<sup>1</sup>. Ainsi que je l’expliquerai plus loin, j’estime qu’il est à la fois permis et souhaitable de tenir un procès conjoint lorsqu’il existe un lien factuel suffisant entre les accusations relatives à des infractions provinciales et celles relatives à des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et que les juger ensemble sert les intérêts de la justice.

[2] L’appelant, Joseph Sciascia, a été jugé par un juge de la CJO dans le cadre d’une instance unique relativement aux quatre infractions suivantes : (1) conduite dangereuse d’un véhicule à moteur (une infraction criminelle suivant l’art. 249 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46); (2) voies

<sup>1</sup> Dans les présents motifs, « procédure sommaire » renvoie tant à une simple infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire qu’à une infraction mixte à l’égard de laquelle le ministère public choisit la procédure sommaire.

under s. 270.01 of the *Criminal Code*); (3) failing to stop for the police (a provincial regulatory offence under s. 216 of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8 (“HTA”)); and (4) failing to report property damage resulting from his operation of a motor vehicle (contrary to s. 201 of the HTA).<sup>2</sup> The charges stemmed from an episode of erratic driving by Mr. Sciascia during the early morning hours of March 17, 2012. At the time, the police were attempting to break up several St. Patrick’s Day parties on a residential street in London, Ontario. Mr. Sciascia drove onto the street and a police officer signalled for him to pull over and stop. Mr. Sciascia began to do so, then suddenly accelerated forward and sped down the street, narrowly missing the officer. Moments later, Mr. Sciascia hit a curb and blew out a tire, then fled the scene on foot. Two passengers from the vehicle identified Mr. Sciascia as the driver to the police. Mr. Sciascia was arrested at his home the following day.

[3] Mr. Sciascia’s trial took place over two days — November 2, 2012 and April 5, 2013. The Crown elected to proceed by way of summary conviction on both criminal offences. At the outset, the Crown informed the court that a *Criminal Code* information and a Part III *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990, c. P.33 (“POA”), information were both scheduled for trial before the same judge at the same time and suggested that Mr. Sciascia enter pleas on both informations. Mr. Sciascia consented to this procedure and entered pleas of not guilty. He raised no issue about the jurisdiction of the presiding OCJ judge to try the criminal and provincial charges together in a single proceeding. On June 7, 2013, the trial judge found Mr. Sciascia guilty on the charges of dangerous operation of a motor vehicle and failing to stop

<sup>2</sup> Although the HTA sets out the offences, the applicable procedures are governed by the *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990, c. P.33.

de fait armées contre un agent de la paix (une infraction criminelle visée à l’art. 270.01 du *Code criminel*); (3) omission d’arrêter à la demande d’un agent de police (une infraction à la réglementation provinciale prévue à l’art. 216 du *Code de la route*, L.R.O. 1990, c. H.8); et (4) omission d’avoir rapporté un dommage qu’il a causé en conduisant un véhicule automobile (ce qui contrevient à l’art. 201 du *Code de la route*<sup>2</sup>). Les accusations ont été portées à la suite d’un épisode de conduite erratique survenu très tôt le matin du 17 mars 2012 et impliquant M. Sciascia. Au moment où les policiers tentaient de mettre un terme à plusieurs fêtes de la Saint-Patrick dans une rue résidentielle de London, en Ontario, M. Sciascia y a conduit son véhicule. Un policier lui a fait signe de s’arrêter en bordure de la route. Monsieur Sciascia a commencé à s’exécuter, mais il a soudainement accéléré et, filant à toute vitesse dans la rue, il a failli frapper le policier. Quelques instants plus tard, M. Sciascia s’est enfui à pied après avoir fait éclater un pneu du véhicule qui avait heurté le trottoir. Deux passagers qui prenaient place dans le véhicule ont indiqué aux policiers que M. Sciascia était le conducteur du véhicule. Celui-ci a été arrêté chez lui le lendemain.

[3] Le procès de M. Sciascia s’est déroulé sur une période de deux jours, soit le 2 novembre 2012 et le 5 avril 2013. Le ministère public a choisi de procéder par procédure sommaire relativement aux deux infractions criminelles. Au tout début, après avoir signalé au tribunal que M. Sciascia était visé par deux dénonciations — la première concernant des infractions prévues au *Code criminel* et l’autre concernant des infractions visées par la partie III de la *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1990, c. P.33 (« LIP ») —, dont les instructions avaient été fixées devant le même juge et au même moment, le ministère public a proposé que M. Sciascia inscrive des plaidoyers relativement aux deux dénonciations. Ce dernier a consenti à cette procédure et plaidé non coupable. Il n’a pas mis en doute la compétence du

<sup>2</sup> Bien qu’il s’agisse d’infractions prévues au *Code de la route*, les procédures applicables sont régies par la *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1990, c. P.33.

for the police: trial reasons, reproduced in A.R., at pp. 14-22.

[4] Mr. Sciascia changed counsel and appealed from his convictions. On appeal, he argued for the first time that the OCJ judge lacked jurisdiction to conduct a joint trial on the criminal and provincial charges and that his trial was therefore a nullity. The summary conviction appeal judge applied the two-part common law test for joinder of charges set out by this Court in *R. v. Clunas*, [1992] 1 S.C.R. 595, at p. 610, and she rejected Mr. Sciascia's submission: 2015 ONSC 1885. She found that there was a sufficient factual nexus between the charges and, in light of Mr. Sciascia's consent to a joint trial and the absence of any prejudice, she concluded that it was in the interests of justice to try the charges together in a single proceeding.

[5] Mr. Sciascia was granted leave to appeal the convictions to the Court of Appeal for Ontario on the ground that the OCJ judge did not have the jurisdiction to conduct a joint trial of criminal and provincial charges. Justice Watt, writing for a unanimous court, dismissed the appeals: 2016 ONCA 411, 131 O.R. (3d) 375. However, he disagreed with the summary conviction appeal judge and found that the OCJ judge lacked jurisdiction to hold a joint trial in this context. Specifically, he concluded that the *Clunas* test was not met because the criminal and provincial offences could not be joined together in the same charging document. He further held, citing this Court's decision in *R. v. S.J.L.*, 2009 SCC 14, [2009] 1 S.C.R. 426, that permitting a joint trial would frustrate the intent of the Ontario Legislature ("Legislature") to establish a separate and distinct court system under the *POA*. Nonetheless, he dismissed the appeals, accepting the Crown's alternative argument that the error could be cured by applying

juge de la CJO présidant l'audience pour juger ensemble les infractions criminelles et provinciales, dans une même instance. Le 7 juin 2013, le juge du procès a déclaré M. Sciascia coupable des infractions de conduite dangereuse d'un véhicule à moteur et d'omission d'arrêter à la demande d'un policier : motifs de première instance, reproduits dans le d.a., p. 14-22.

[4] Monsieur Sciascia a changé d'avocat et a interjeté appel des déclarations de culpabilité. En appel, il a soutenu pour la première fois que le juge de la CJO n'avait pas compétence pour juger à la fois les infractions criminelles et les infractions provinciales dans le cadre d'un procès conjoint et que, en conséquence, son procès était frappé de nullité. Appliquant le test de common law à deux volets relatif à la réunion d'accusations énoncé par la Cour dans l'arrêt *R. c. Clunas*, [1992] 1 R.C.S. 595, p. 610, la juge d'appel en matière de poursuites sommaires a rejeté l'argument de M. Sciascia : 2015 ONSC 1885. Après avoir conclu à l'existence d'un lien factuel suffisant entre les infractions, elle a jugé, vu le consentement de M. Sciascia à la tenue d'un procès conjoint et l'absence de préjudice, que juger les infractions ensemble dans une même instance servait les intérêts de la justice.

[5] Monsieur Sciascia a obtenu l'autorisation d'interjeter appel des déclarations de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario en invoquant l'absence de compétence du juge de la CJO pour statuer sur les accusations de natures criminelle et provinciale dans le cadre d'un procès conjoint. S'exprimant au nom de la cour unanime, le juge Watt a rejeté les appels : 2016 ONCA 411, 131 O.R. (3d) 375. Il ne s'est cependant pas rallié à l'opinion de la juge d'appel en matière de poursuites sommaires et a conclu que le juge de la CJO n'avait pas compétence pour tenir un procès conjoint dans le présent contexte. Plus particulièrement, il a conclu qu'il n'avait pas été satisfait au test énoncé dans *Clunas* parce que les infractions criminelles et provinciales n'auraient pas pu être réunies dans le même document d'inculpation. Citant l'arrêt *R. c. S.J.L.*, 2009 CSC 14, [2009] 1 R.C.S. 426, il a ajouté que permettre la tenue d'un procès conjoint serait contraire à la volonté de la législature de l'Ontario (« Législature »)

the procedural proviso under s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code* and the proviso under s. 120(1)(b)(iii) of the *POA*.

[6] Mr. Sciascia now appeals to this Court. He maintains that the provisos cannot be used to cure an absence of jurisdiction. The Crown challenges that submission. In addition, the Crown maintains that the Court of Appeal erred in holding that the OCJ judge did not have jurisdiction to conduct a joint trial.

[7] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal. Unlike the Court of Appeal however, I am respectfully of the view that the OCJ judge had jurisdiction to conduct a joint trial and that he did not err in exercising his discretion to do so in the circumstances. Accordingly, I find it unnecessary to address the curative proviso issue.

## II. Analysis

[8] The legal issue in this appeal is a narrow one: Does an OCJ judge have jurisdiction to conduct a joint trial of provincial charges and summary conviction criminal charges? In my view, the answer is yes.<sup>3</sup> At common law, courts enjoy broad discretion to conduct a joint trial where it is in the interests of justice: *Clunas*, at p. 610; *S.J.L.*, at para. 60. Policy considerations weigh in favour of this pragmatic approach. In the absence of an express statutory prohibition, or clear legislative intent to the contrary, there is no justification to oust this discretion: see

<sup>3</sup> To be clear, these reasons are restricted to a joint trial of a provincial charge proceeded with under Part III of the *POA* and a summary conviction criminal charge.

d’instaurer, sous le régime de la *LIP*, un système de justice distinct. Il a néanmoins rejeté les appels, retenant l’argument subsidiaire du ministère public selon lequel une telle erreur peut être remédiée en appliquant l’exception d’ordre procédural prévue au sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel* ainsi que l’exception prévue au sous-al. 120(1)(b)(iii) de la *LIP*.

[6] Monsieur Sciascia se pourvoit maintenant devant la Cour. Il affirme que ces dispositions réparatrices ne peuvent servir à remédier à une absence de compétence. Le ministère public conteste ce point de vue et soutient que la Cour d’appel a eu tort de conclure à l’absence de compétence du juge de la CJO pour tenir un procès conjoint.

[7] Pour les motifs exposés ci-après, je rejeterais le pourvoi. Contrairement à la Cour d’appel cependant, j’estime, soit dit en tout respect, que le juge de la CJO avait compétence pour mener un procès conjoint et qu’il n’a pas commis d’erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire d’en tenir un dans les circonstances. Par conséquent, je considère qu’il est inutile de répondre à la question concernant les dispositions réparatrices.

## II. Analyse

[8] Le présent pourvoi soulève une question de droit précise : un juge de la CJO a-t-il compétence pour juger ensemble des accusations relatives d’une part à des infractions provinciales et d’autre part à des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire? À mon avis, la réponse est affirmative<sup>3</sup>. En common law, les tribunaux jouissent du vaste pouvoir discrétionnaire de tenir un procès conjoint lorsque cela sert les intérêts de la justice : *Clunas*, p. 610; *S.J.L.*, par. 60. Des raisons de principe militent en faveur de cette

<sup>3</sup> Je tiens à préciser que les présents motifs ne s’en tiennent qu’au procès conjoint tenu relativement à une accusation provinciale régie par la partie III de la *LIP* et à une accusation criminelle punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

e.g. *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306, at paras. 29-30.

[9] In the present case, four considerations lead me to conclude that conducting a joint trial was permissible. First, no provision in the relevant statutes prohibits an OCJ judge from conducting a joint trial of criminal and provincial offences. Second, allowing for a joint trial is consistent with enhancing efficiency — the main objective underlying the enactment of the *POA*. Third, in this case, the charges in question related to the same course of events, establishing a clear factual nexus. Finally, there was no prejudice to the accused — indeed, he expressly consented to the joint trial taking place. In these circumstances, conducting a joint trial was both permissible and desirable in the interests of justice.

#### A. *Statutory Jurisdiction*

[10] It is common ground amongst the parties that an OCJ judge has statutory jurisdiction to try both provincial charges and summary conviction criminal charges. Likewise, it is acknowledged that no provision in the applicable statutes expressly prohibits conducting a joint trial of criminal and provincial charges. The issue therefore turns on whether these independent statutory sources of jurisdiction can be exercised by an OCJ judge at the same time in the context of a joint trial — in other words, whether an OCJ judge can wear these “two hats” at once.

[11] Mr. Sciascia submits that the absence of express statutory authorization for conducting a joint trial is determinative in this case. Although he does not raise a constitutional challenge, he portrays the simultaneous exercise of these two sources of

approche pragmatique. En l’absence d’une interdiction expressément prévue par la loi, ou d’une intention clairement exprimée par le législateur à l’effet contraire, rien ne justifie d’écarter ce pouvoir discrétionnaire : voir, p. ex., *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306, par. 29-30.

[9] En l’espèce, quatre facteurs m’amènent à conclure qu’il était permis de tenir un procès conjoint. Premièrement, aucune disposition des lois applicables n’interdit à un juge de la CJO de tenir un procès conjoint pour juger des accusations relatives à des infractions criminelles et provinciales. Deuxièmement, permettre la tenue d’un procès conjoint est compatible avec l’objectif d’accroissement de l’efficacité, soit le principal objectif sous-jacent à l’adoption de la *LIP*. Troisièmement, en l’espèce, les accusations en cause reposent sur les mêmes événements, ce qui établit l’existence d’un lien factuel évident. Enfin, l’accusé n’a subi aucun préjudice — il a d’ailleurs expressément consenti à la tenue d’un procès conjoint. Dans de telles circonstances, il était permis et souhaitable de tenir un procès conjoint, qui servait les intérêts de la justice.

#### A. *Compétence d’origine législative*

[10] Les parties reconnaissent que la loi confère compétence aux juges de la CJO pour instruire tant les accusations relatives à des infractions provinciales que celles, criminelles, punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. De même, il est reconnu qu’aucune disposition des lois applicables n’interdit expressément la tenue d’un procès conjoint pour juger de telles accusations. Par conséquent, la question en litige est celle de savoir si un juge de la CJO peut exercer simultanément des compétences que lui confèrent deux sources législatives indépendantes dans le contexte d’un procès conjoint — en d’autres termes, un juge de la CJO peut-il porter ces « deux chapeaux » à la fois?

[11] Selon M. Sciascia, l’absence d’une disposition législative autorisant expressément la tenue d’un procès conjoint est déterminante en l’espèce. Bien qu’il ne soulève pas de question de nature constitutionnelle, M. Sciascia affirme en effet que l’exercice

jurisdiction as its own unique form of “hybrid” jurisdiction, requiring express statutory authorization from both the provincial and federal governments.

[12] With respect, I find this approach to be unduly formalistic. A less restrictive and more flexible approach to process accords with the approach adopted by this Court in *Clunas*, where Lamer C.J. endorsed, at p. 599, the following observation of Lord Roskill in *In re Clayton*, [1983] 2 W.L.R. 555 (H.L.), at pp. 562-63:

Magistrates’ courts today try the vast majority of criminal cases that arise for hearing in this country as well as many civil cases. Any rule of practice or procedure which makes their task more difficult or demands subservience to technicalities is to be deprecated and your Lordships may think that this House should now encourage the adoption of rules of procedure and practice which encourage the better attainment of justice, which includes the interests of the prosecution as well as of defendants, so long as the necessary safeguards are maintained to prevent any risk of injustice to defendants. [Emphasis added.]

[13] This observation accords with the view expressed by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Massick* (1985), 21 C.C.C. (3d) 128, at p. 134:

. . . this court may, subject to any limitations imposed by common law or by binding authority, permit a practice and procedure which serves to promote the administration of justice, fairly and expeditiously. As I have pointed out, there was no prohibition at common law against the incorporation of more than one summary conviction offence in the same information. There is no authority binding on this court which requires us to conclude that an information may not charge a summary conviction offence under the *Criminal Code* and a summary conviction offence under a provincial statute. Moreover, when the charges arise out of the same set of circumstances, such an approach would appear to be reasonable and logical. [Emphasis added.]

simultané de ces deux compétences de sources distinctes constitue une forme unique de compétence « mixte » qui requiert une autorisation expresse de nature législative de la part des gouvernements provincial et fédéral.

[12] Soit dit en tout respect, j’estime qu’une telle approche est trop formaliste. Une autre, moins restrictive et plus souple quant à la procédure, concorde avec celle qu’a adoptée la Cour dans l’arrêt *Clunas*, où le juge en chef Lamer a fait sienne, à la p. 599, l’observation suivante formulée par le lord Roskill dans l’affaire *In re Clayton*, [1983] 2 W.L.R. 555 (H.L.), p. 562-563 :

[TRADUCTION] De nos jours, les cours de magistrat entendent la forte majorité des causes pénales dans ce pays et un bon nombre d’affaires civiles. Toute règle de pratique ou de procédure qui leur rend la tâche plus difficile ou qui les assujettit aux exigences du formalisme est donc à éviter et Vos Seigneuries estimeront peut-être que notre Chambre devrait maintenant encourager l’adoption de règles de procédure et de pratique qui favorisent mieux l’atteinte de la justice, notamment en ce qui concerne les intérêts tant de la poursuite que des défendeurs, pourvu que soient maintenues les mesures protectrices nécessaires pour parer à tout risque d’injustice pour ces derniers. [Je souligne.]

[13] Cette observation va dans le même sens que le point de vue exprimé par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *R. c. Massick* (1985), 21 C.C.C. (3d) 128, p. 134 :

[TRADUCTION] . . . la cour peut, sous réserve des limites qu’impose la common law ou d’un précédent qui la lie, autoriser une pratique ou une procédure qui favorise l’administration de la justice, de manière juste et expéditive. Comme je l’ai fait remarquer, la common law n’interdit pas qu’une même dénonciation énonce plus d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. La cour n’est liée par aucune décision qui l’oblige à conclure qu’une dénonciation ne peut énoncer des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire prévues à la fois dans le *Code criminel* et dans une loi provinciale. Qui plus est, lorsque les accusations découlent d’un même ensemble de circonstances, une telle approche semble raisonnable et logique. [Je souligne.]

[14] Apart from its formalism, Mr. Sciascia's submission — which insists on express statutory authorization to conduct a joint trial — is out of step with this Court's jurisprudence. In *S.J.L.*, Deschamps J., for the majority, clarified that there is nothing inherently problematic about a judge exercising two independent sources of jurisdiction simultaneously without express statutory authorization (paras. 59-60):

... it is not impossible for a judge or a court to wear two hats at once. There are several situations in which a judge's jurisdiction extends to more than one subject matter. For example, municipal court judges and judges of the Court of Québec and the Superior Court, in addition to exercising their respective jurisdictions, are also justices of the peace . . . .

The simultaneous exercise of more than one jurisdiction is therefore not unprecedented, and has even been considered by the courts in the past. . . . Consequently, where a judge has the authority to exercise two different jurisdictions, there is no general objection to his or her exercising them simultaneously. [Emphasis added.]

[15] The intervener, the Attorney General of British Columbia, argues that statutory silence — neither authorizing nor prohibiting a joint trial to be conducted — should, in the circumstances of this case, be treated as a neutral factor in the analysis. I agree. Absent a provision which expressly addresses the issue, the jurisdiction of an OCJ judge to conduct a joint trial of provincial charges and summary conviction criminal charges depends on compliance with legislative intent and adherence to relevant common law principles — matters to which I now turn.

#### B. *Compliance With Legislative Intent*

[16] In the present context, permitting a joint trial of provincial charges and summary conviction criminal charges is consistent with the intent of both the *POA* and the *Criminal Code*. Where a particular incident or course of events gives rise to both provincial charges and summary conviction criminal

[14] Hormis son formalisme, l'argument de M. Sciascia — selon qui la tenue d'un procès conjoint devrait être expressément autorisée par la loi — n'est pas étayé par la jurisprudence de la Cour. Dans l'arrêt *S.J.L.*, la juge Deschamps, s'exprimant au nom des juges majoritaires, précise que le fait pour un juge d'exercer simultanément des compétences provenant de sources indépendantes sans y être expressément autorisé par une loi ne pose pas en soi un problème (par. 59-60) :

... il n'est pas impossible qu'un juge et un tribunal portent deux chapeaux à la fois. En effet, il existe plusieurs situations où la compétence d'un juge s'étend à plus d'une matière. On peut penser, par exemple, aux juges municipaux et aux juges de la Cour du Québec et de la Cour supérieure qui, en plus de leur compétence respective, sont aussi juges de paix . . .

L'exercice simultané de plusieurs compétences n'est donc pas une situation inédite et a même été examiné par les tribunaux dans le passé. [ . . . ] Par conséquent, lorsqu'un juge est habilité à exercer deux compétences différentes, rien ne s'oppose de façon générale à ce qu'il les exerce simultanément. [Je souligne.]

[15] L'intervenant, le procureur général de la Colombie-Britannique, fait valoir que le silence de la loi — qui n'autorise ni n'interdit la tenue d'un procès conjoint — devrait, dans les circonstances de l'espèce, être considéré une valeur neutre dans l'analyse. Je suis d'accord. En l'absence d'une disposition qui autorise expressément l'instruction conjointe d'accusations relatives à des infractions provinciales et d'autres relatives à des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, la compétence d'un juge de la CJO procède de l'intention du législateur et des principes de common law applicables, que j'examinerai maintenant.

#### B. *Respect de l'intention du législateur*

[16] Dans le présent contexte, l'instruction conjointe d'accusations relatives à des infractions provinciales et d'accusations relatives à des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire est conforme à l'esprit tant de la *LIP* que du *Code criminel*. Lorsqu'un incident

charges, the flexibility to hold a joint trial can only serve to further the objectives of the relevant provincial and federal statutes.

(1) Section 2(1) of the POA

[17] Mr. Sciascia takes no issue with the discretion to conduct a joint trial of provincial charges and summary conviction criminal charges being consistent with Parliament's intent under the *Criminal Code*. He submits, however, that in enacting the *POA*, the Legislature intended to create a separate and distinct court system. He seizes on s. 2(1) of the *POA*, which states:

**2** (1) The purpose of this Act is to replace the summary conviction procedure for the prosecution of provincial offences, including the provisions adopted by reference to the *Criminal Code* (Canada), with a procedure that reflects the distinction between provincial offences and criminal offences.

In Mr. Sciascia's view, permitting a joint trial of provincial charges and summary conviction criminal charges would undermine the purpose of s. 2(1) and ignore the express will of the Legislature. In this regard, he relies on *S.J.L.*, where this Court held that a joint trial of a youth and an adult would undermine the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, which had, as its fundamental purpose, the creation of a separate court system for youth crime.

[18] With respect, I disagree with this line of reasoning. Section 2(1) of the *POA* does not mandate separation of the provincial and criminal court systems as an end in itself. Rather, it espouses separation for the underlying purpose of improving efficiency. As MacKinnon A.C.J. observed in *R. v. Jamieson* (1981), 64 C.C.C. (2d) 550 (Ont. C.A.), at

ou des faits précis donnent lieu à la fois à des accusations de ces deux types, la souplesse qui permet de les juger ensemble ne peut que contribuer à l'atteinte des objectifs des lois fédérales et provinciales pertinentes.

(1) Le paragraphe 2(1) de la LIP

[17] Monsieur Sciascia ne conteste pas le fait que le pouvoir discrétionnaire de juger ensemble des accusations relatives à des infractions provinciales et d'autres relatives à des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire respecte l'esprit du *Code criminel* voulu par le législateur fédéral. Il fait toutefois valoir que, lorsqu'elle a édicté la *LIP*, la Législature entendait créer un système judiciaire distinct. Il s'appuie sur le par. 2(1) de la *LIP*, lequel dispose :

**2** (1) La présente loi a pour objet de remplacer la procédure de déclaration de culpabilité par procédure sommaire dans les poursuites à l'égard d'infractions provinciales, y compris les dispositions adoptées par renvoi au *Code criminel* (Canada), par une procédure qui reflète la distinction existant entre les infractions provinciales et les infractions criminelles.

Selon M. Sciascia, permettre l'instruction conjointe d'accusations relatives à des infractions provinciales et d'accusations relatives à des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire compromettrait la réalisation de l'objectif du par. 2(1) et ferait fi de la volonté expressément énoncée par la Législature. Sur ce point, il s'appuie sur l'arrêt *S.J.L.*, dans lequel la Cour a jugé qu'un procès réunissant un adolescent et un adulte serait contraire à la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, laquelle vise essentiellement la création d'un système de justice distinct pour juger les crimes dont sont accusés les adolescents.

[18] Soit dit en tout respect, je ne puis souscrire à ce raisonnement. Le paragraphe 2(1) de la *LIP* ne fait pas de la séparation du système de justice provinciale et du système de justice pénale une fin en soi. Il préconise plutôt une telle séparation dans le but sous-jacent de gagner en efficacité. Comme l'a fait observer le juge en chef adjoint MacKinnon



pp. 551-52, aff'd (1982), 66 C.C.C. (2d) 576 (Ont. C.A.):

The *Provincial Offences Act* was intended to establish a speedy, efficient and convenient method of dealing with offences under Acts of the Legislature and under Regulations or by-laws made under the authority of an Act of the Legislature. The Courts which hear these matters are given a wide discretion as to how they may proceed.

(See also *London (City) v. Young*, 2008 ONCA 429, 91 O.R. (3d) 215, at para. 34.)

[19] In my view, it is this overriding purpose that should guide the analysis, and not the “application of a rule simply for the sake of the rule”: D. H. Doherty, “Phillips: An Unwarranted Return to the ‘Punctilio of an Earlier Age’” (1983), 35 C.R. (3d) 203, at p. 205. The *POA* was designed to implement more efficient procedures to deal with the large volume of provincial offences that were clogging up courts in Ontario: see Ontario, Ministry of the Attorney General, *Provincial Offences Procedure: An Analysis and Explanation of Legislative Proposals — The Provincial Offences Act, 1978 and The Provincial Courts Amendment Act, 1978* (1978), at pp. 1-5. To help address the backlog, procedural regimes were established under the *POA* which reduced complexity and enhanced efficiency of provincial offence prosecutions.

[20] My colleague Justice Côté is of the view that joint trials are impermissible because the Legislature intended that provincial prosecutions “d[o] not require — and should not be fraught with — the same degree of complexity” as criminal trials (para. 56). However, at issue in this case is an O CJ judge’s power to join a provincial prosecution under Part III with a summary conviction criminal charge. Part III of the *POA* is typically reserved for more serious charges, such as those faced by Mr. Sciascia in this case. Unlike Parts I and II, which significantly streamline the process for the vast majority of minor provincial charges, Part III contains enhanced

dans l’arrêt *R. c. Jamieson* (1981), 64 C.C.C. (2d) 550 (C.A. Ont.), p. 551-552, conf. par (1982), 66 C.C.C. (2d) 576 (C.A. Ont.) :

[TRADUCTION] La *Loi sur les infractions provinciales* vise à établir un moyen rapide, efficace et pratique de donner suite aux infractions visées par les lois provinciales et les règlements pris en vertu de ces lois. Les tribunaux qui instruisent ces affaires jouissent d’un vaste pouvoir discrétionnaire quant au déroulement de l’instruction.

(Voir également *London (City) c. Young*, 2008 ONCA 429, 91 O.R. (3d) 215, par. 34.)

[19] À mon avis, l’analyse devrait reposer sur cet objectif principal, et non sur [TRADUCTION] « l’obligation d’appliquer une règle simplement parce qu’elle existe » : D. H. Doherty, « Phillips : An Unwarranted Return to the “Punctilio of an Earlier Age” » (1983), 35 C.R. (3d) 203, p. 205. La *LIP* a été conçue pour favoriser la mise en œuvre de procédures plus efficaces visant à donner suite au grand nombre d’accusations relatives à des infractions provinciales qui engorgeaient les tribunaux ontariens : voir Ontario, ministère du Procureur général, *Provincial Offences Procedure : An Analysis and Explanation of Legislative Proposals — The Provincial Offences Act, 1978 and The Provincial Courts Amendment Act, 1978* (1978), p. 1-5. Afin de réduire les retards, la *LIP* a mis en place des régimes procéduraux qui ont permis que les poursuites relatives aux infractions provinciales soient moins complexes et plus efficaces.

[20] Ma collègue la juge Côté exprime l’opinion qu’il n’est pas permis de tenir des procès conjoints parce que le législateur a souhaité que les poursuites intentées en vertu de lois provinciales « n’exige[nt] pas — et ne devrai[ent] pas comporter — le même degré de complexité » que les procès en matière criminelle : par. 56. Or, le présent litige examine le pouvoir d’un juge de la CJO de réunir des accusations relatives à des infractions provinciales fondées sur la partie III de la *LIP* et des accusations relatives à des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. La partie III de la *LIP* est normalement réservée aux

protections closely resembling those under the *Criminal Code*. Respectfully, my colleague points to no summary conviction offence procedure that would significantly add to the complexity of a provincial prosecution under Part III. But even assuming that such complexity might exist in a particular case, it would of course be open to the presiding judge to hold separate trials.

[21] The separation of *POA* prosecutions from the more rigorous and time-consuming criminal trial process was designed in the main to enhance efficiency and reduce court backlogs. In my view, where this objective of efficiency is better served by conducting a joint trial than by holding separate trials, it would pervert the true spirit and objectives of the *POA* to blindly enforce strict separation. And this is what distinguishes *S.J.L.* from the situation at hand.

[22] In *S.J.L.*, this Court emphasized Parliament's intent to keep the youth court system separate from the adult system because of compelling policy considerations, including the "diminished moral blameworthiness of young persons", their "heightened vulnerability in dealing with the justice system" and the differing objectives of the trial processes (para. 64; see also paras. 72 and 75). Maintaining strict separation in that context was really about protecting youths from being exposed to adults accused in the adult system, and the potential harm flowing from this. Although provincial offences may also entail a lower degree of moral blameworthiness, no similar concerns arise from exposing adults charged with provincial offences under Part III to the summary conviction criminal process. Viewed that way, I do not see *S.J.L.* as an impediment to conducting

infractions plus graves, comme celles auxquelles M. Sciascia doit répondre en l'espèce. Contrairement aux parties I et II, qui simplifient sensiblement la procédure applicable aux accusations provinciales mineures, la partie III prévoit des protections supplémentaires qui s'apparentent davantage à celles que prévoit le *Code criminel*. Soit dit en tout respect, ma collègue ne fait état d'aucune procédure applicable aux infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire qui rendrait une poursuite provinciale fondée sur la partie III plus complexe. Cela dit, même en supposant qu'un tel degré de complexité puisse exister dans une affaire donnée, le juge présidant l'audience peut certainement choisir de tenir des procès distincts.

[21] La séparation des poursuites fondées sur la *LIP* et du processus d'instruction en matière criminelle — qui est plus rigoureux et qui comporte de plus longs délais — a été conçue principalement pour accroître l'efficacité du système judiciaire et en réduire les retards. À mon avis, lorsque la tenue d'un procès conjoint permet de mieux réaliser l'objectif d'efficacité que la tenue de procès distincts, l'application servile de la règle de la séparation des procès dénuerait la *LIP* de son esprit véritable et la détournerait de ses objectifs. C'est en ce sens que l'arrêt *S.J.L.* se distingue de l'espèce.

[22] En effet, dans cet arrêt, la Cour a bien rappelé que le législateur souhaitait séparer le système de justice pour adolescent de celui pour adultes pour des raisons de principe impérieuses, notamment la « culpabilité morale moindre des adolescents », leur « plus grande vulnérabilité face au système judiciaire », ainsi que les différents objectifs du processus d'instruction : par. 64, voir aussi par. 72 et 75. La stricte séparation des systèmes préconisée dans ce contexte visait en réalité à protéger les adolescents des adultes inculpés dans le régime pour adultes, et du tort qui peut en découler. Bien que les infractions provinciales puissent également supposer une culpabilité morale moins élevée, le fait que des adultes inculpés d'une infraction provinciale visée par la partie III soient assujettis à la procédure sommaire prévue pour les infractions criminelles ne donne pas lieu

a joint trial of provincial charges and summary conviction criminal charges in this context.

(2) Section 47(1) of the POA

[23] Mr. Sciascia also relies on s. 47(1) of the *POA* as an indicator of legislative intent. It states:

**47** (1) The court may receive and consider evidence taken before the same justice on a different charge against the same defendant, with the consent of the parties.

He contends that this provision represents an express choice by the Legislature to address factual overlap between criminal and provincial charges through applying the evidence from one trial to the other. This, he claims, excludes the use of other means for achieving the same purpose of improving judicial economy. My colleague adopts Mr. Sciascia's interpretation of s. 47(1).

[24] Respectfully, I cannot accept this interpretation. In my view, s. 47(1) signifies a legislative intent that is inviting of procedural measures which can enhance efficiency, consistent with the spirit of the *POA* reforms. While s. 47(1) represents one way of addressing potential overlap between provincial trials and summary conviction criminal trials, it does not operate to the exclusion of other procedural tools. There is no express prohibition against conducting a joint trial of provincial charges and summary conviction criminal charges in the *POA*. Nor, in my view, can one be implied from this provision where doing so would thwart the underlying spirit of the *POA* to enhance efficiency: see *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360, at para. 37.

à des préoccupations semblables. En ce sens, j'estime que l'arrêt *S.J.L.* ne constitue pas un obstacle à l'instruction conjointe d'accusations relatives à des infractions provinciales et d'accusations relatives à des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire dans ce contexte.

(2) Le paragraphe 47(1) de la LIP

[23] Monsieur Sciascia se fonde également sur le par. 47(1) de la *LIP* pour démontrer la volonté du législateur :

**47** (1) Avec le consentement des parties, le tribunal peut recevoir et étudier les témoignages recueillis devant le même juge à l'égard d'une accusation différente portée contre le même défendeur.

Selon lui, cette disposition démontre que le législateur a expressément choisi de tenir compte de la présence d'un certain recoupement dans les faits à l'origine des accusations provinciales et criminelles en permettant que des éléments de preuve versés dans un procès soient admis dans un autre. Ce choix exprès, affirme-t-il, exclut le recours à d'autres moyens d'atteindre le même objectif d'économie des ressources judiciaires. Ma collègue retient l'interprétation du par. 47(1) proposée par M. Sciascia.

[24] Soit dit en tout respect, je ne puis admettre cette interprétation. D'après moi, le par. 47(1) démontre que le législateur voulait favoriser la prise de mesures procédurales aptes à accroître l'efficacité, en harmonie avec l'esprit de la réforme de la *LIP*. Certes, le par. 47(1) traite d'une façon de tenir compte des recoupements qui peuvent survenir dans le cadre de l'instruction de procès relatifs à des infractions provinciales d'une part et à des infractions criminelles punissables par déclaration de culpabilité par procédure sommaire d'autre part, mais cet énoncé n'exclut pas le recours à d'autres outils procéduraux. Rien dans la *LIP* n'interdit expressément la tenue d'un procès conjoint relativement à des accusations de ces deux types. J'estime que cette disposition ne l'interdit pas implicitement non plus, puisqu'une exclusion implicite contrarierait l'esprit sous-jacent de la *LIP* qui vise à accroître l'efficacité : voir *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360, par. 37.

[25] As I see it, s. 47(1) and the discretion of an OCJ judge to conduct a joint trial are not mutually exclusive. Section 47(1) may only be applied where the parties consent, which limits its effectiveness. The consent requirement in s. 47(1) effectively arms both Crown and defence with a veto — leaving the court powerless to advance the interests of justice in some cases despite the clear benefits of a joint trial.

[26] By the same token, there may be cases where a joint trial should be denied because it would occasion serious prejudice and thereby compromise the interests of justice. In such circumstances, s. 47(1) of the *POA* could nonetheless be invoked to introduce evidence from the first trial before the same judge on the second trial, so long as the parties consent.

[27] In sum, s. 47(1) is not in tension with the discretion of an OCJ judge to conduct a joint trial. Rather, these procedural tools may work in harmony to advance the objectives of the *POA*.

### (3) The Practical Utility of Joint Trials

[28] Finally, Mr. Sciascia argues that even if the *POA* is intended to embrace procedures which enhance efficiency, the use of joint trials does not advance that objective. He raises concerns about the ability of self-represented accused persons to navigate various discrepancies in joint trials between the procedures under the federal *Criminal Code* and *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 (“*CEA*”), compared to those under the *POA* and provincial *Evidence Act*, R.S.O. 1990, c. E.23. My colleague is similarly skeptical, reasoning that the procedural convenience of joint trials risks “incentivizing overcharging” (para. 62).

[25] Selon mon interprétation, le par. 47(1) et le pouvoir discrétionnaire des juges de la CJO de tenir un procès conjoint ne s'excluent pas mutuellement. L'application du par. 47(1) est assujettie au consentement des parties, ce qui en restreint l'efficacité. L'exigence du consentement prévue par cette disposition donne en réalité tant au ministère public qu'à la défense un pouvoir de refus, laissant ainsi le tribunal dépourvu des moyens de défendre les intérêts de la justice dans les cas où l'affaire s'y prête, et ce, malgré les avantages évidents que présente la tenue d'un procès conjoint.

[26] Parallèlement, il peut être indiqué de refuser la tenue d'un procès conjoint lorsque celui-ci causerait un préjudice grave et, en conséquence, nuirait aux intérêts de la justice. Dans un tel cas, il serait néanmoins possible d'invoquer le par. 47(1) de la *LIP* afin d'autoriser que certains témoignages recueillis devant le même juge à l'occasion du premier procès soient admis au dossier de l'autre affaire, pourvu que les parties y consentent.

[27] Bref, le par. 47(1) n'est pas un obstacle à l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de la CJO de tenir un procès conjoint. Au contraire, ces outils procéduraux peuvent être harmonisés afin de réaliser les objectifs de la *LIP*.

### (3) L'utilité concrète des procès conjoints

[28] Enfin, M. Sciascia fait valoir que même si la *LIP* est censée mettre en place des procédures permettant d'accroître l'efficacité, le recours à des procès conjoints ne contribue pas à la réalisation de cet objectif. Il doute que les accusés qui agissent pour leur propre compte puissent savoir quoi faire, dans le cadre d'un procès conjoint, en cas de divergences entre les procédures prévues par les lois fédérales — en l'occurrence, le *Code criminel* et la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5 (« *LPC* ») — et les lois provinciales — en l'occurrence, la *LIP* et la *Loi sur la preuve*, L.R.O. 1990, c. E.23. Ma collègue fait preuve d'autant de scepticisme, expliquant que la réunion de procès pour des raisons de commodité de nature procédurale risque « d'encourager la multiplicité des accusations » : par. 62.

[29] With respect, I am unpersuaded by these concerns. Nine procedural discrepancies have been identified by Mr. Sciascia. Most of the differences are relatively minor in nature, such as those relating to: the procedure governing cross-examination of one's own witness (*CEA*, s. 9(2); *Evidence Act*, s. 23); personal cross-examination of a witness under the age of 18 (*Criminal Code*, s. 486.3; *Evidence Act*, s. 18.6); and the number of expert witnesses a party may call without leave of the court (*CEA*, s. 7; *Evidence Act*, s. 12). Many others will arise only in rare circumstances, such as those pertaining to: the admissibility of banking and business records (*CEA*, ss. 29 and 30; *Evidence Act*, ss. 33 and 35(1)); the competence of child witnesses (*CEA*, s. 16.1; *Evidence Act*, s. 18.1); change of venue applications (*Criminal Code*, s. 599(1); *POA*, s. 29(4)); and addressing the death of a trial judge (*Criminal Code*, s. 669.2(1); *POA*, s. 30(2) and (3)).

[30] These potential obstacles are far from insurmountable and cannot justify the absolute prohibition on conducting a joint trial which Mr. Sciascia advocates. It is unnecessary in this case to decide exactly how a particular procedural discrepancy should be resolved. Trial courts should be given wide latitude to address any such difficulties as they arise. One option may be to apply the summary conviction criminal procedures, which are typically more favourable to accused persons, in the event of conflict. That approach would be consistent with the direction in *Clunas* that where summary conviction and indictable procedures conflict, the indictable procedures should apply (see pp. 612-13). Moreover, a court may always refuse to conduct a joint trial if the procedural conflicts cannot be resolved and a joint trial would not be in the interests of justice.

[31] Nor am I persuaded that the potential for Crown overcharging should preclude courts from

[29] J'estime que ces préoccupations ne sont pas convaincantes. Monsieur Sciascia relève neuf différences procédurales, dont la plupart sont de nature relativement mineure, par exemple : la procédure applicable au contre-interrogatoire d'un témoin par la partie qui le présente (*LPC*, par. 9(2); *Loi sur la preuve*, art. 23); la possibilité ou non de contre-interroger personnellement un témoin âgé de moins de 18 ans (*Code criminel*, art. 486.3; *Loi sur la preuve*, art. 18.6); et le nombre de témoins experts qui peuvent être appelés à témoigner sans la permission du tribunal (*LPC*, art. 7; *Loi sur la preuve*, art. 12). De nombreuses autres différences ne seront que rarement soulevées, par exemple : l'admissibilité en preuve de registres des banques ou des documents d'une entreprise (*LPC*, art. 29 et 30; *Loi sur la preuve*, art. 33 et par. 35(1)); l'habilité à témoigner d'un enfant (*LPC*, art. 16.1; *Loi sur la preuve*, art. 18.1); les demandes de changement de lieu (*Code criminel*, par. 599(1); *LIP*, par. 29(4)); et les règles applicables en cas de décès du juge du procès (*Code criminel*, par. 669.2(1); *LIP*, par. 30(2) et (3)).

[30] Ces éventuels obstacles sont loin d'être insurmontables et ne sauraient justifier l'interdiction absolue de tenir un procès conjoint que préconise M. Sciascia. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de décider de la manière exacte de concilier des divergences précises de nature procédurale. Les tribunaux de première instance devraient bénéficier d'une grande latitude pour résoudre ces difficultés lorsqu'elles surviennent. L'application de la procédure sommaire prévue pour les infractions criminelles, habituellement plus favorable aux accusés, pourrait constituer une solution en cas de conflit. Cette approche s'accorderait avec la directive que la Cour a donnée dans l'arrêt *Clunas* portant que, en cas de conflit entre la procédure sommaire et la procédure de mise en accusation directe, cette dernière est celle qui devrait être appliquée : voir p. 612-613. En outre, le tribunal peut toujours refuser de tenir un procès conjoint lorsqu'il est impossible de résoudre les conflits de procédure et lorsque le procès conjoint ne servirait pas les intérêts de la justice.

[31] Je ne crois pas non plus que le risque de multiplicité des accusations de la part du ministère

ordering joint trials when it is in the interests of justice to do so. The Crown is entitled to pursue charges with a reasonable prospect of conviction that are in the public interest. Nonetheless, the Crown must be careful not to exercise its discretion with too heavy of a hand. As this Court cautioned in *R. v. Rodgeron*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760, at para. 45:

Where the additional or heightened charges are marginal, and pursuing them would necessitate a substantially more complex trial process and jury charge, the Crown should carefully consider whether the public interest would be better served by either declining to prosecute the marginal charges from the outset or deciding not to pursue them once the evidence at trial is complete.

[32] Screening out marginal charges that add complexity is a particularly important function given the strains of our overburdened criminal justice system: *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, at para. 79. Nothing in these reasons should be read as incentivizing the Crown to pursue unnecessary charges.

[33] In addition, Mr. Sciascia’s skepticism about the utility of joint trials ignores the long line of authority identifying their benefits. There are “strong policy reasons” supporting the “uniform stream of authority in this country in favour of joint trials”: *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858, at paras. 19 and 30; see also *R. v. Chow*, 2005 SCC 24, [2005] 1 S.C.R. 384, at para. 47. The benefits can include such things as improving judicial economy by avoiding redundancy, aiding the truth-seeking function of a trial, reducing inconvenience to witnesses, simplifying resolution discussions and enhancing public confidence by preventing the spectre of inconsistent findings with respect to the same events. These benefits make clear that, absent prejudice, holding a joint trial where a sufficient factual nexus exists will promote the interests of justice: see *R. v. Last*, 2009 SCC 45, [2009] 3 S.C.R. 146, at para. 17;

public devrait empêcher les tribunaux d’ordonner la tenue de procès conjoints lorsque les intérêts de la justice le commandent. Le ministère public peut porter des accusations pour lesquelles il existe une perspective raisonnable de condamnation et qui sont dans l’intérêt public. Il doit néanmoins prendre soin de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de manière excessive. La Cour a d’ailleurs fait la mise en garde suivante dans l’arrêt *R. c. Rodgeron*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760, par. 45 :

Lorsque les autres accusations ou les accusations plus sévères sont d’importance secondaire et que la poursuite relative à ces accusations nécessiterait un procès et des directives au jury beaucoup plus complexes, le ministère public devrait sérieusement se demander si l’intérêt public serait mieux servi en décidant dès le départ de ne pas tenter de poursuites relativement aux accusations d’importance secondaire, ou en décidant de ne pas y donner suite lorsque la preuve au procès est complète.

[32] Le filtrage des accusations d’importance secondaire qui ajoutent à la complexité de l’instance est une tâche particulièrement importante compte tenu des pressions que subit notre système de justice criminelle surchargé : *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, par. 79. Ainsi, rien dans les présents motifs ne devrait être interprété de manière à encourager le ministère public à porter des accusations inutiles.

[33] De plus, le scepticisme de M. Sciascia concernant l’utilité des procès conjoints détonne avec la jurisprudence abondante qui en relève les avantages. Des « solides raisons de principe » justifient le « fort courant jurisprudentiel au pays, qui favorise la tenue des procès conjoints » : *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, par. 19 et 30; voir également *R. c. Chow*, 2005 CSC 24, [2005] 1 R.C.S. 384, par. 47. Parmi les avantages, signalons la saine économie des ressources judiciaires qu’entraîne l’élimination des redondances, le soutien apporté à la fonction de recherche de la vérité du procès, la réduction des inconvénients auxquels sont exposés les témoins, la simplification des discussions en vue d’un règlement et le renforcement de la confiance du public du fait d’éloigner le spectre des conclusions contradictoires découlant de mêmes faits. Ces avantages démontrent clairement que, en l’absence d’un préjudice, la tenue

*Massick*, at p. 135. In such cases, all participants in the process — including accused persons — are beneficiaries of the time, money and inconvenience saved through holding a joint trial. The consent offered by accused persons, such as Mr. Sciascia in this case, speaks to the mutuality of these benefits. In my respectful view, more is required than speculation about the challenges self-represented accused persons may face to displace the promise of these time-honoured benefits.

[34] Accordingly, I conclude that permitting a joint trial is consistent with the spirit and purpose of the *POA*. The next question is whether, in the circumstances of this case, conducting a joint trial adhered to the applicable common law principles.

### C. Common Law Authority

[35] In *Clunas*, this Court set out a two-part test which governs joinder at common law, requiring that: (1) “the offences . . . could initially have been jointly charged”; and (2) “it is in the interests of justice” (p. 610). This test was reaffirmed in *S.J.L.*, at para. 60.<sup>4</sup>

[36] My colleague concludes that the *Clunas* test applies solely to joinder of criminal charges, which are subject “to the same evidentiary and procedural rules” (para. 67). I respectfully reach a different conclusion. Although both *Clunas* and *S.J.L.* dealt with joinder of multiple criminal charges, there is no reason why the same test should not apply equally to joinder of a provincial charge and a criminal charge. As discussed above, the interests

<sup>4</sup> I appreciate that the *Clunas* Court worded the two-part test in reverse order. However, in my view, it may and often will be more convenient for a trial judge to first inquire into the factual nexus between the offences before moving on to consider whether joinder is in the interests of justice.

d’un procès conjoint en présence d’un lien factuel suffisant servira les intérêts de la justice : voir *R. c. Last*, 2009 CSC 45, [2009] 3 R.C.S. 146, par. 17; *Massick*, p. 135. Dans ces cas, tous ceux qui participent au processus, y compris les accusés, profitent de l’économie de temps et d’argent ainsi que de la réduction des inconvénients réalisées grâce à la tenue de procès conjoints. Le fait pour les accusés d’y consentir, comme l’a fait M. Sciascia en l’espèce, démontre la réciprocité de ces avantages. Soit dit en tout respect, les hypothèses émises sur les éventuelles difficultés que les accusés qui agissent pour leur propre compte risquent de connaître sont loin d’être suffisantes pour déloger la perspective que présentent ces avantages bien établis.

[34] Par conséquent, je conclus que la tenue de procès conjoints est conforme à l’esprit et à l’objet de la *LIP*. Il reste donc à décider si, dans les circonstances de l’espèce, la tenue d’un procès conjoint était conforme aux principes applicables de common law.

### C. Règle issue de la common law

[35] Dans l’arrêt *Clunas*, la Cour a énoncé un test à deux volets reconnu en common law et applicable à la réunion d’infractions qui exige (1) que « les accusations [aient] pu être portées [. . .] conjointement à l’origine », et (2) que « cela ser[ve] les intérêts de la justice » : p. 610. La Cour a confirmé de nouveau ce test dans l’arrêt *S.J.L.*, par. 60<sup>4</sup>.

[36] Ma collègue conclut que le test énoncé dans l’arrêt *Clunas* ne s’applique qu’à la réunion d’accusations criminelles, qui sont assujetties « aux mêmes règles en matière de preuve et de procédure » : par. 67. Soit dit en tout respect pour l’opinion contraire, j’arrive à une conclusion différente. Certes, les arrêts *Clunas* et *S.J.L.* examinent tous deux la réunion de multiples accusations relatives à des infractions criminelles, mais rien ne nous

<sup>4</sup> Je suis conscient que, dans *Clunas*, la Cour a énoncé le test à deux volets dans l’ordre inverse. J’estime toutefois qu’il peut être plus commode, et le sera souvent, pour un juge de première instance d’examiner la question du lien factuel entre les infractions avant de passer à l’analyse de l’opportunité de tenir un procès conjoint dans l’intérêt de la justice.

of justice may require separate trials where an irreconcilable gap in evidentiary or procedural rules exists. But the potential for different procedure does not render *Clunas* inapplicable. Rather, it highlights the need for a test sensitive to the varying factors that may tilt the scales for or against joinder in any given case. The *Clunas* test does just that. Its two elements are addressed in turn below.

(1) Factual Nexus

[37] The Court of Appeal identified the first element — whether the offences could initially have been jointly charged — as a “sticking point” against permitting a joint trial of criminal and provincial charges (para. 54). Because a provincial offence and a criminal offence cannot be charged in the same physical document in Ontario, the Court of Appeal concluded that this element could *never* be satisfied in Ontario. While the substance of each form is essentially the same, Form 105 prescribed for a Part III provincial offence information under s. 23 of the *POA*<sup>5</sup> is distinct from Form 2 used for a criminal information under s. 788(1) of the *Criminal Code*.

[38] I disagree with this approach. In my respectful view, treating this technical distinction as dispositive prioritizes *form* over substance and adopts the type of restrictive approach to procedure that courts have resisted: see *Clayton*, at pp. 562-63;

<sup>5</sup> See *Rules of the Ontario Court (Provincial Division) in Provincial Offences Proceedings*, R.R.O. 1990, Reg. 200, r. 32(5), made under the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43.

permet de penser que le même test ne devrait pas s’appliquer à la réunion d’accusations relatives d’une part à des infractions provinciales et d’autre part à des infractions criminelles. Comme je l’ai mentionné plus tôt, il se peut que les intérêts de la justice exigent des procès distincts en présence de divergences inconciliables dans les règles de preuve et de procédure. Cela dit, le fait que la procédure puisse être différente n’empêche pas l’application de l’arrêt *Clunas*. Cette possibilité permet plutôt de constater que l’application du test devrait tenir compte des différents facteurs qui peuvent faire pencher la balance en faveur de la réunion ou non, selon le cas. Or, c’est précisément ce que fait le test énoncé dans l’arrêt *Clunas*. J’examinerai ci-après ses deux volets à tour de rôle.

(1) Lien factuel

[37] La Cour d’appel a déterminé que le premier volet — soit la question de savoir si les accusations auraient pu être portées conjointement à l’origine — constituait [TRADUCTION] « le point sensible » qui empêche la réunion d’accusations relative d’une part à des infractions criminelles et d’autre part à des infractions provinciales pour un procès : par. 54. Parce que ces accusations ne peuvent pas, en Ontario, être portées dans un même document, la Cour d’appel a conclu qu’il ne serait *jamais* possible de satisfaire à ce volet en Ontario. En effet, pour elle, bien que, en substance, elles soient sensiblement les mêmes, la formule 105 prescrite par la partie III dans le cas d’une dénonciation déposée relativement à une infraction provinciale conformément à l’art. 23 de la *LIP*<sup>5</sup> se distingue de la formule 2 prescrite dans le cas d’une dénonciation déposée relativement à une infraction criminelle conformément au par. 788(1) du *Code criminel*.

[38] Je ne souscris pas à cette approche. Tenir cette différence de forme pour déterminante autorise la *forme* à l’emporter sur le fond, et privilégie une conception restrictive de la procédure que les tribunaux n’ont pas voulu adopter : voir *Clayton*,

<sup>5</sup> Voir les *Rules of the Ontario Court (Provincial Division) in Provincial Offences Proceedings*, R.R.O. 1990, Reg. 200, r. 32(5), prises sous le régime de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43.



*Clunas*, at pp. 598-99; *Massick*, at p. 134. More importantly, it does not reflect the concern which the first element of the *Clunas* test was meant to address.

[39] In *Clunas*, the Court was not concerned with the spectre of separate prescribed forms. Instead, the true purpose of the first element was to ensure that the charges shared a sufficient factual nexus.<sup>6</sup> This is evident from the Court's reliance on *Clayton*, in which the test for joinder was articulated as requiring that "the facts are sufficiently closely connected to justify this course and there is no risk of injustice to the defendants" (p. 565). It is also reflected in the test for severance of charges under s. 591(3) of the *Criminal Code*: see *Last*, at para. 18.

[40] Ultimately, a functional approach to this element asks not whether it is technically possible to use the same prescribed form, but rather whether there is a sufficient factual nexus between the provincial charges and the summary conviction criminal charges. To conclude otherwise would make the availability of joint trials contingent on the form chosen by a particular province for provincial charges — an arbitrary result which manifestly privileges form over substance.

p. 562-563; *Clunas*, p. 598-599; *Massick*, p. 134. Fait plus important encore, ce point de vue ne tient pas compte de la difficulté que la Cour cherchait à résoudre en formulant le premier volet du test énoncé dans l'arrêt *Clunas*.

[39] Dans l'arrêt *Clunas*, la Cour ne s'intéresse pas au spectre des différentes formules prescrites. L'objet véritable du premier volet est plutôt de veiller à l'existence d'un lien factuel suffisant entre les accusations<sup>6</sup>. C'est ce qui se dégage clairement du fait que la Cour s'appuie sur l'arrêt *Clayton*, dans lequel l'énoncé du test applicable à la réunion d'accusations exigeait [TRADUCTION] « l'existence d'un lien factuel suffisamment étroit pour justifier cette application et l'absence du risque que les défendeurs soient victimes d'une injustice » : p. 565. C'est également ce que reflète le test applicable à la séparation des accusations prévue au par. 591(3) du *Code criminel* : voir *Last*, par. 18.

[40] En fin de compte, suivant l'approche fonctionnelle de ce volet, il ne s'agit pas de savoir si l'utilisation d'une même formule prescrite est possible sur le plan technique, mais plutôt de savoir s'il existe un lien factuel suffisant entre les accusations relatives à des infractions provinciales et celles relatives à des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Conclure autrement reviendrait à assujettir la possibilité de tenir des procès conjoints à la formule qu'une province donnée choisit d'appliquer aux infractions provinciales, entraînant ainsi un résultat arbitraire où la forme l'emporte manifestement sur le fond.

<sup>6</sup> Before this Court, the Crown proposed that this element required a "factual or legal nexus" (R.F., at para. 5 (emphasis added)). While I have difficulty imagining when, in the absence of a factual nexus, a legal nexus could justify conducting a joint trial of provincial charges and summary conviction criminal charges, I leave that question to be decided if and when it arises.

<sup>6</sup> Devant la Cour, le ministère public a fait valoir que ce volet exigeait l'existence d'un [TRADUCTION] « lien factuel ou juridique » (m.i., par. 5 (je souligne)). Bien que je puisse difficilement imaginer de quelle manière, en l'absence d'un lien factuel, un lien juridique pourrait justifier l'instruction conjointe d'accusations relatives à des infractions provinciales et d'accusations relatives à des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, je laisse le soin à un autre tribunal de trancher cette question à une autre occasion, lorsqu'elle se posera.

(2) The Interests of Justice

[41] The second element of the *Clunas* test requires that a joint trial be in the “interests of justice” (p. 610). This mirrors the language of s. 591(3) of the *Criminal Code*, which governs severance of charges:

(3) The court may, where it is satisfied that the interests of justice so require, order

(a) that the accused or defendant be tried separately on one or more of the counts; and

(b) where there is more than one accused or defendant, that one or more of them be tried separately on one or more of the counts.

[42] The inquiries concerning joinder and severance involve a weighing of the costs and benefits of a joint trial. In my view, the considerations informing severance are equally applicable with respect to joinder. As stated by this Court in *Last*, at para. 18, this may include the following non-exhaustive list of factors:

. . . the complexity of the evidence; whether the accused intends to testify on one count but not another; the possibility of inconsistent verdicts; the desire to avoid a multiplicity of proceedings; the use of similar fact evidence at trial; the length of the trial having regard to the evidence to be called; the potential prejudice to the accused with respect to the right to be tried within a reasonable time; and the existence of antagonistic defences as between co-accused persons . . .

[43] The consent of an accused is also a relevant factor in assessing the costs and benefits of a joint trial. However, to be clear, the decision whether to conduct a joint trial lies with the court. While the consent of the accused is a factor for the court to consider in this regard, it is not in and of itself determinative. In the end, if the court is satisfied that the prejudice occasioned by a joint trial outweighs its benefits, the court should refuse to order a joint trial.

(2) Les intérêts de la justice

[41] Selon le second volet du test énoncé dans l’arrêt *Clunas*, le procès conjoint doit servir « les intérêts de la justice » : p. 610. Cette exigence reprend le libellé du par. 591(3) du *Code criminel*, lequel régit la séparation des accusations :

(3) Lorsqu’il est convaincu que les intérêts de la justice l’exigent, le tribunal peut ordonner :

a) que l’accusé ou le défendeur subisse son procès séparément sur un ou plusieurs chefs d’accusation;

b) s’il y a plusieurs accusés ou défendeurs, qu’ils subissent leur procès séparément sur un ou plusieurs chefs d’accusation.

[42] Lorsqu’ils se penchent sur l’opportunité de réunir ou de séparer des accusations, les tribunaux doivent mettre en balance les avantages et les inconvénients d’un procès conjoint. À mon avis, les éléments pris en compte relativement à la séparation s’appliquent tout autant à la réunion. Ainsi que l’a expliqué la Cour dans l’arrêt *Last*, par. 18, ces éléments peuvent comprendre les facteurs qui figurent dans la liste non exhaustive que voici :

. . . la complexité de la preuve, la question de savoir si l’accusé entend témoigner à l’égard d’un chef d’accusation, mais pas à l’égard d’un autre, la possibilité de verdicts incompatibles, le désir d’éviter [la] multiplicité des instances, l’utilisation de la preuve de faits similaires au procès, la durée du procès compte tenu de la preuve à produire, le préjudice que l’accusé risque de subir quant au droit d’être jugé dans un délai raisonnable et l’existence de moyens de défense diamétralement opposés entre coaccusés . . .

[43] Le consentement de l’accusé est aussi un facteur pertinent dans l’évaluation des avantages et des inconvénients d’un procès conjoint, mais je tiens à préciser que la décision de tenir ou non un tel procès appartient au tribunal. Le consentement de l’accusé est certes un facteur dont le tribunal doit tenir compte pour arrêter sa décision, mais il n’est pas en soi déterminant. En dernière analyse, si le tribunal estime que le préjudice résultant de la tenue d’un procès conjoint l’emporte sur les avantages, il doit refuser d’en ordonner la tenue.

(3) Application

[44] Once it is accepted that the OCJ judge had jurisdiction to conduct a joint trial in this case, there is no real issue about the propriety of his decision to do so in the circumstances. There was a clear factual nexus between the provincial charges and the summary conviction criminal charges, as they related to the same course of events. Moreover, in the absence of any prejudice, and given Mr. Sciascia's express consent, it was clearly open to the OCJ judge to find that it was in the interests of justice to hold a joint trial.

III. Conclusion

[45] Based on the foregoing analysis, I conclude that the OCJ judge did not err in holding a joint trial of the provincial charges and summary conviction criminal charges against Mr. Sciascia. Accordingly, I would dismiss the appeal and uphold his convictions.

The following are the reasons delivered by

[46] CÔTÉ J. (dissenting) — Where a province has created a procedural regime for provincial offences that is designed to operate separately and apart from the federal criminal justice system, the courts must respect this legislative choice. This appeal raises the question of whether an Ontario provincial court judge has the jurisdiction to conduct a joint trial of provincial offences and of summary conviction criminal offences in the absence of clear statutory authorization to do so.

[47] I would allow Mr. Sciascia's appeal. A joint trial of a summary conviction offence under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and of a provincial

(3) Application

[44] À partir du moment où il est admis que le juge de la CJO avait compétence pour juger ensemble les accusations en l'espèce, la question du bien-fondé de sa décision de le faire n'a pas à être débattue dans les circonstances. Puisqu'elles découlent des mêmes faits, il existe clairement en l'espèce un lien factuel entre les accusations relatives à des infractions provinciales et celles relatives à des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Par ailleurs, en l'absence d'un préjudice et compte tenu du consentement exprès de M. Sciascia, le juge de la CJO pouvait manifestement conclure que la tenue d'un procès conjoint servait les intérêts de la justice.

III. Conclusion

[45] À la lumière de l'analyse qui précède, je conclus que le juge de la CJO n'a pas eu tort de juger conjointement les accusations relatives à des infractions provinciales et celles relatives à des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire portées contre M. Sciascia. Par conséquent, je rejetterais le pourvoi et confirmerais les déclarations de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

[46] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — Lorsqu'une province a établi un régime procédural applicable aux infractions provinciales et conçu pour fonctionner de manière indépendante et distincte du système de justice pénale canadien, les tribunaux doivent respecter le choix du législateur. Le présent pourvoi soulève la question de savoir si, en l'absence d'une habilitation législative claire à cet effet, un juge de la cour provinciale de l'Ontario a compétence pour procéder à l'instruction conjointe d'infractions provinciales d'une part et d'infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire d'autre part.

[47] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi de M. Sciascia. La tenue d'un procès conjoint relativement à une infraction punissable sur déclaration de

offence would be inconsistent with the legislative intention behind the *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990, c. P.33 (“*POA*”), which, as I see it, was to create a distinct set of procedures that would apply exclusively to the prosecution of provincial offences. The complexities of criminal procedure were to have no role in this new procedural framework. Joint trials of provincial offences and summary conviction criminal offences would therefore undermine this legislative intention, and for this reason, I am respectfully of the view that a judge of the Ontario Court of Justice lacks the jurisdiction to conduct such a trial.

[48] This error is not simply a procedural irregularity; it goes to the core of the court’s jurisdiction to conduct a joint trial. It therefore cannot be saved by the curative proviso in s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code* or s. 120(1)(b)(iii) of the *POA*.

### I. Analysis

[49] The first question on appeal is whether an Ontario provincial court judge has the jurisdiction to conduct a joint trial of a summary conviction offence under the *Criminal Code* and a provincial offence. If the provincial court judge lacks such jurisdiction, the application of the curative provisos in the *Criminal Code* and the *POA* must then be considered.

#### A. *The Court’s Jurisdiction to Conduct a Joint Trial*

[50] Parliament and the Ontario Legislature (“Legislature”), acting in their distinct legislative capacities, have enacted separate procedural regimes for criminal trials under the *Criminal Code* and trials under the *POA*. Neither of these statutes expressly allows a provincial court judge to jointly try charges

culpabilité par procédure sommaire prévue au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et à une infraction provinciale serait incompatible avec l’intention du législateur sous-tendant la *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1990, c. P.33 (« *LIP* »), laquelle, à mon sens, visait à créer un ensemble de procédures distinct applicables uniquement aux poursuites relatives aux infractions provinciales. Les complexités inhérentes à la procédure en matière criminelle ne devaient jouer aucun rôle dans ce nouveau cadre procédural. L’instruction conjointe d’infractions provinciales et d’infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire aurait donc pour effet de porter atteinte à cette intention du législateur. C’est pourquoi j’estime, avec égards, qu’un juge de la Cour de justice de l’Ontario n’a pas la compétence nécessaire pour procéder à une telle instruction.

[48] L’erreur en cause ne tient pas seulement d’une irrégularité de procédure; elle touche l’essence même de la compétence de la cour de tenir un procès conjoint. En conséquence, elle ne saurait être sauvegardée par les dispositions réparatrices prévues aux sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel* et 120(1)(b)(iii) de la *LIP*.

### I. Analyse

[49] La première question qui se pose dans le présent pourvoi est celle de savoir si un juge de la cour provinciale de l’Ontario a la compétence pour juger conjointement une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire visée au *Code criminel* et une infraction provinciale. En l’absence d’une telle compétence, l’application des dispositions réparatrices contenues dans le *Code criminel* et la *LIP* doit alors être considérée.

#### A. *La compétence de la cour relativement à la tenue d’un procès conjoint*

[50] Le Parlement fédéral et la législature de l’Ontario (« Législature »), dans l’exercice de leurs pouvoirs législatifs distincts, ont adopté des régimes procéduraux différents pour la tenue de procès en application du *Code criminel* d’une part, et pour la tenue de procès en application de la *LIP* d’autre

for provincial offences and summary conviction criminal offences, but they do not prohibit the practice either. While the common law may permit joint trials in some circumstances, the common law joinder rules do not apply if joining the charges together in a single trial would be inconsistent with the applicable legislative scheme: *R. v. S.J.L.*, 2009 SCC 14, [2009] 1 S.C.R. 426, at para. 52. The question for this Court is therefore whether, despite the lack of clear statutory guidance, Parliament and the Legislature intended a joint trial to be available where an accused is charged with both summary conviction criminal offences and provincial offences.

[51] This Court addressed a related question in *S.J.L.* At issue in that case was whether a provincial court had jurisdiction to jointly try young persons charged under the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, and adults charged under the *Criminal Code*. Neither the common law nor the *Criminal Code* expressly prohibited a joint trial in these circumstances. This Court therefore had to consider whether “the creation of a separate youth criminal justice system” rendered the common law rule inapplicable, insofar as a joint trial of young persons and adults would be inconsistent with youth criminal justice procedures (para. 52). Despite acknowledging that it would not give rise to insurmountable practical difficulties, the Court concluded that conducting such a joint trial would be inconsistent with the governing principle of the *Youth Criminal Justice Act*: to maintain “a justice system for young people that is separate from the system for adults” (para. 56 (emphasis deleted)).

part. Si aucun de ces deux textes de loi n’autorise expressément un juge de la cour provinciale à juger simultanément des infractions provinciales et des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, ils n’interdisent pas non plus cette pratique. Certes, dans certaines circonstances, la common law peut autoriser la tenue d’une instruction conjointe. Les règles de common law régissant la réunion des chefs d’accusation ne trouvent toutefois pas application si le fait de réunir les accusations pour les instruire dans le cadre d’un même procès est incompatible avec le régime législatif applicable : *R. c. S.J.L.*, 2009 CSC 14, [2009] 1 R.C.S. 426, par. 52. Par conséquent, la question que la Cour est appelée à trancher est celle de savoir si, malgré l’absence de directives législatives claires à cet égard, le Parlement fédéral et la Législature entendaient permettre le recours à une instruction conjointe dans le cas d’une personne accusée d’avoir commis à la fois des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et des infractions provinciales.

[51] Dans l’arrêt *S.J.L.*, la Cour s’est penchée sur une question connexe. Dans cette affaire, il s’agissait de savoir si une cour provinciale avait compétence pour juger conjointement des adolescents accusés sous le régime de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, et des adultes accusés en application du *Code criminel*. Ni la common law ni le *Code criminel* n’interdisaient explicitement la tenue d’un procès conjoint en pareilles circonstances. La Cour devait donc déterminer si « la création d’un système de justice pénale distinct pour les adolescents » avait pour effet d’écarter l’application de la règle de common law, dans la mesure où un procès réunissant des jeunes contrevenants et des contrevenants adultes était incompatible avec les procédures propres au système de justice pénale pour les adolescents : par. 52. Tout en reconnaissant que, sur le plan pratique, cela ne donnerait pas lieu à des difficultés insurmontables, la Cour a conclu que la tenue d’un tel procès conjoint serait incompatible avec le principe directeur de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, à savoir maintenir, « pour les adolescents, un système de justice distinct de celui des adultes » : par. 56 (italique omis).

[52] In light of the purpose and scheme of the *POA*, I reach a similar conclusion. Conducting a joint trial of a summary conviction criminal offence and a provincial offence would be inconsistent with the legislative intent behind the *POA*.

(1) Legislative Intent

[53] Prior to 1979, provincial offences were prosecuted in large part on the basis of procedures set out in the *Criminal Code*: see *The Summary Convictions Act*, R.S.O. 1970, c. 450, s. 3. In 1979, the Legislature chose to move away from the application of *Criminal Code* procedures to non-criminal offences as a response to the disproportionate cost and complexity of these proceedings, and to increase judicial efficiency and ease the administrative burden on Ontario's court system. This culminated in the enactment of the *POA*. Recognizing the fundamental difference between provincial offences and criminal offences (both in terms of the areas of social life being regulated and in terms of their impact on the accused and on society), this statute created a new, simpler set of procedures that would apply *exclusively* to the prosecution of provincial offences. As such, the new informal and accessible procedures reflected the fact that the *Criminal Code*'s formalities and technical rules were not appropriate for the prosecution of most provincial offences: Ontario, Ministry of the Attorney General, *Provincial Offences Procedure: An Analysis and Explanation of Legislative Proposals — The Provincial Offences Act, 1978 and The Provincial Courts Amendment Act, 1978* (1978) (“*Analysis and Explanation*”), at p. 1.

[54] The Legislature articulated the purpose of the *POA* in s. 2(1), which reads as follows:

2 (1) The purpose of this Act is to replace the summary conviction procedure for the prosecution of provincial offences, including the provisions adopted by reference

[52] À la lumière de l'objet et de l'esprit de la *LIP*, j'en arrive à une conclusion similaire. L'instruction conjointe d'accusations relatives à une infraction criminelle punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et à une infraction provinciale irait à l'encontre de l'intention du législateur à l'origine de la *LIP*.

(1) L'intention du législateur

[53] Avant 1979, les poursuites intentées relativement à des infractions provinciales étaient menées en grande partie conformément aux procédures prévues par le *Code criminel* : voir *The Summary Convictions Act*, R.S.O. 1970, c. 450, art. 3. En 1979, la Législature a choisi d'écarter l'application des procédures prévues par le *Code criminel* en ce qui a trait aux infractions non criminelles, afin de remédier aux coûts disproportionnés et à la complexité de ces procédures, et afin d'accroître l'efficacité du système judiciaire ontarien et de réduire les fardeaux administratifs pesant sur lui. Les efforts en ce sens ont résulté en l'adoption de la *LIP*. Reconnaissant la différence fondamentale entre les infractions provinciales et les infractions criminelles (tant du point de vue des aspects de la vie sociale qu'elles régissent que des conséquences pour l'accusé et pour la société en général), cette loi a instauré un nouvel ensemble simplifié de procédures destinées à s'appliquer *exclusivement* aux poursuites relatives à des infractions provinciales. Ainsi, les nouvelles procédures informelles et accessibles reflètent le fait que les formalités et règles techniques prévues au *Code criminel* ne convenaient pas aux poursuites intentées relativement à la plupart des infractions provinciales : Ontario, ministère du Procureur général, *Provincial Offences Procedure : An Analysis and Explanation of Legislative Proposals — The Provincial Offences Act, 1978 and The Provincial Courts Amendment Act, 1978* (1978) (« *Analysis and Explanation* »), p. 1.

[54] La Législature a ainsi énoncé l'objet de la *LIP* à son par. 2(1) :

2 (1) La présente loi a pour objet de remplacer la procédure de déclaration de culpabilité par procédure sommaire dans les poursuites à l'égard d'infractions provinciales,

to the *Criminal Code* (Canada), with a procedure that reflects the distinction between provincial offences and criminal offences.

At the time of the statute's enactment, the Ontario Ministry of the Attorney General stated the following on the intended effect of this provision:

[S]ection [2(1)] is designed to assist the courts in interpreting the Act by drawing to their attention the core principle, that it is intended to replace entirely, rather than merely modify the existing criminal procedure. The procedures in the Act embody an entirely new philosophy; provincial offences are to be treated differently from criminal cases at every procedural stage, with that difference reflecting the fact that the rigid formalism of criminal procedure is inappropriate for provincial offences.

The distinction which will be made between the trials of provincial offences and criminal offences is expected to encourage an atmosphere in which the former can be treated with much less rigidity and formality than trials of criminal offences. It is hoped that all persons involved in the trials of provincial offences . . . will, over time, become infused with this distinction, and reflect it in their approach to provincial offences. [Emphasis added.]

(*Analysis and Explanation*, at pp. 25 and 92)

[55] In adopting the *POA*, the Legislature acted within its legislative competence to create a new and simplified procedure for the efficient prosecution of provincial offences. Accordingly, the procedures set out in the *POA* apply only to offences “under an Act of the Legislature or under a regulation or by-law made under the authority of an Act of the Legislature” (s. 1(1) “offence”). Similarly, the *Criminal Code* mandates that summary conviction proceedings are available only for “offences that are declared by an Act of Parliament or an enactment

y compris les dispositions adoptées par renvoi au *Code criminel* (Canada), par une procédure qui reflète la distinction existant entre les infractions provinciales et les infractions criminelles.

Au moment de l'adoption de la loi, le ministère du Procureur général de l'Ontario a fait la déclaration suivante au sujet des effets recherchés par cette disposition :

[TRADUCTION] [L]e paragraphe [2(1)] vise à aider les tribunaux à interpréter la Loi en attirant leur attention sur le principe fondamental de cette loi, à savoir qu'elle est censée remplacer entièrement la procédure existante en matière criminelle, plutôt que de simplement la modifier. Les procédures prescrites par la Loi traduisent une philosophie entièrement nouvelle, c'est-à-dire que les infractions provinciales doivent être traitées différemment des infractions criminelles, et ce, à chaque étape des procédures, cette différence de traitement tenant compte du fait que le formalisme rigide propre à la procédure pénale ne convient pas aux infractions provinciales.

La distinction qui sera établie entre les procès portant sur des infractions provinciales et ceux relatifs à des infractions criminelles devrait permettre de favoriser un environnement où les premières seront traitées de manière bien moins rigide et formelle que dans le cas d'instances ayant trait à des infractions criminelles. Il est à souhaiter que, au fil du temps, toutes les personnes prenant part à des poursuites pour des infractions à une loi provinciale [. . .] seront imprégnées de cette distinction, et que cela se reflétera dans leur façon d'aborder ce type d'infraction. [Je souligne.]

(*Analysis and Explanation*, p. 25 et 92)

[55] En adoptant la *LIP*, la Législature a agi à l'intérieur de son champ de compétence législative afin d'instaurer une nouvelle procédure simplifiée en vue d'assurer l'efficacité des poursuites visant des infractions provinciales. Par conséquent, les procédures prévues par la *LIP* ne s'appliquent qu'aux infractions créées par « une loi de la Législature ou [par] un règlement ou un règlement administratif pris en application d'une telle loi » : art. 1(1) « infraction ». De même, le *Code criminel* dispose que l'on ne peut recourir aux procédures relatives à des

made thereunder to be punishable on summary conviction” (s. 785 “proceedings”). In short, each statute creates a self-contained procedural code, which is to apply only to the prosecution of offences enacted by the respective level of government.

[56] The reference to the “distinction between provincial offences and criminal offences” in s. 2(1) of the *POA* is also of significance here. Provincial offences are not true crimes, lacking the constitutional “criminal law purpose” that underlies *Criminal Code* offences: *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at para. 27. Provincial offences are instead of a regulatory nature, and as pointed out by my colleague Justice Moldaver in para. 22 of his reasons, they typically entail a “lower degree of moral blameworthiness” than true crimes. Reflecting this important distinction, the wording of s. 2(1) indicates that the trial of provincial offences does not require — and should not be fraught with — the same degree of complexity and formality as the trial of criminal offences. This is supported by the comments of the Ministry of the Attorney General of Ontario in *Analysis and Explanation*:

... since there are some very grave provincial offences, carrying penalties which include substantial fines and jail terms, the Act establishes for these offences a separate set of procedures, akin to, but nonetheless significantly less rigid than those adopted at present from the *Criminal Code*. [Emphasis added; p. 1.]

[57] These legislative objectives are clearly met when provincial offences and summary conviction criminal offences are tried separately. In such cases, however, it is not necessary that there be two *complete* trials, requiring the Crown to call evidence

infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire qu’à l’égard d’« infractions qu’une loi fédérale, ou toute disposition établie sous son régime, déclare punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire » : art. 785 « procédures ». En somme, les deux textes de loi établissent leur propre code de procédure autonome qui doit s’appliquer uniquement aux poursuites relatives à des infractions prévues dans la loi par leur ordre de gouvernement respectif.

[56] La mention d’une « distinction existant entre les infractions provinciales et les infractions criminelles » faite au par. 2(1) de la *LIP* est également un élément important en l’espèce. Les infractions provinciales ne sont pas des crimes véritables, étant dépourvues de l’« objet valide de droit criminel » inhérent aux infractions créées par le *Code criminel* : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, par. 27. Les infractions provinciales sont plutôt de nature réglementaire et, ainsi que l’a fait remarquer mon collègue le juge Moldaver au par. 22 de ses motifs, elles supposent habituellement « une culpabilité morale moins élevée » que les crimes proprement dits. Témoignant de cette différence importante, le libellé du par. 2(1) signale que l’instruction des infractions provinciales n’exige pas — et ne devrait pas comporter — le même degré de complexité et de formalité que celle des infractions criminelles. Cette interprétation est étayée par les remarques suivantes du ministère du Procureur général de l’Ontario tirées du document *Analysis and Explanation* :

[TRADUCTION] ... puisqu’il existe des infractions provinciales très graves passibles de lourdes amendes et de peines d’emprisonnement prolongées, la Loi établit, pour ces infractions, un ensemble de procédures distinct, qui présente des ressemblances avec les règles de procédure prévues au *Code criminel*, mais qui est néanmoins considérablement moins rigide que ces dernières. [Je souligne; p. 1.]

[57] Ces objectifs législatifs sont assurément atteints lorsque les infractions provinciales et les infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire sont instruites séparément. Dans de tels cas, toutefois, il n’est pas



twice. Specifically, s. 47(1) of the *POA* provides as follows:

**47** (1) The court may receive and consider evidence taken before the same justice on a different charge against the same defendant, with the consent of the parties.

In keeping with the goal of creating an efficient system for the prosecution of provincial offences, s. 47(1) permits a court, upon obtaining the parties' consent, to receive evidence heard in a different proceeding — including a criminal proceeding — before the same judge and to consider that evidence in trying the provincial offence charge. In practical terms, this relieves the parties from having to call the same evidence twice and minimizes inconvenience to witnesses who would otherwise have to provide the same testimony at two different hearings.

[58] The objective behind this provision, as stated by the Ontario Ministry of the Attorney General, is to “prevent technical rules from blocking expedition where both parties are willing to consent to the expeditious procedure”: *Analysis and Explanation*, at p. 51. This statement points directly to the tension between the choice to create a distinct procedural regime for provincial offences and the need for judicial economy and efficiency where the Crown chooses to proceed on both *Criminal Code* offences and provincial offences. Turning its mind to this issue, the Legislature sought to achieve this balance not by authorizing joint trials, but through the operation of s. 47(1) of the *POA*.

[59] In paragraph 25 of his reasons, my colleague notes that the consent requirement in s. 47(1) of the *POA* effectively gives both the Crown and the defence a “veto” over the application of that provision. This is no doubt true. In my respectful view,

nécessaire de tenir deux procès *complets*, durant lesquels le ministère public aurait à présenter sa preuve à deux reprises. D'ailleurs, le par. 47(1) de la *LIP* prévoit ce qui suit :

**47** (1) Avec le consentement des parties, le tribunal peut recevoir et étudier les témoignages recueillis devant le même juge à l'égard d'une accusation différente portée contre le même défendeur.

Ainsi, conformément à l'objectif de créer un système de poursuite efficace pour les infractions provinciales, le par. 47(1) permet au tribunal, après avoir obtenu le consentement des parties, de recevoir la preuve recueillie dans le cadre d'une autre instance — y compris une instance criminelle — devant le même juge et de prendre en compte cette preuve afin de juger l'accusation relative à l'infraction provinciale. En pratique, cette disposition libère les parties de l'obligation de produire deux fois les mêmes éléments de preuve, en plus de minimiser les inconvénients pour les témoins, qui, autrement, auraient à livrer les mêmes témoignages dans le cadre de deux auditions différentes.

[58] Comme l'a déclaré le ministère du Procureur général de l'Ontario, cette disposition vise à [TRA-DUCTION] « empêcher que des règles techniques ne fassent obstacle à une instruction rapide lorsque les deux parties sont prêtes à consentir à une procédure expéditive » : *Analysis and Explanation*, p. 51. Cette déclaration renvoie directement au tiraillement qui existe entre le choix de créer un régime procédural distinct applicable aux infractions provinciales et les impératifs d'économie et d'efficacité des ressources judiciaires lorsque le ministère public choisit d'instruire à la fois des infractions visées au *Code criminel* et des infractions provinciales. Consciente de cette difficulté, la Législature a tenté de parvenir à un point d'équilibre, non pas en autorisant les procès conjoints, mais en donnant effet au par. 47(1) de la *LIP*.

[59] Au paragraphe 25 de ses motifs, mon collègue souligne que l'exigence du consentement prévue au par. 47(1) de la *LIP* donne dans les faits tant au ministère public qu'à la défense un « pouvoir de refus » quant à l'application de cette disposition.

however, this was a legislative choice reflecting the need to strike a proper balance between expediency and efficiency on the one hand and the importance of having a full and fair trial on the other. In cases where either party sees the practical advantage of having two complete trials at which evidence will be called twice, s. 47(1) offers them this opportunity. For example, if the elements of the criminal and provincial offences with which the accused was charged are different, either party may see the utility in having the trial judge rehear and reconsider the evidence. The mechanism of s. 47(1) places the operation of this provision in the hands of the parties, rather than in the hands of the judge. The courts must respect this legislative choice.

[60] In short, both the wording and the context of the *POA* signal the Legislature's intention in enacting this statute: to implement a procedural regime that applies exclusively to provincial offences. Conducting joint trials in circumstances such as these would undermine this intent by ignoring the important distinction between provincial offences and true crimes and the separate sets of procedures that apply to each. This distinction lies at the heart of the *POA*, as indicated through the wording of s. 2(1).

## (2) The Practical Aspects of Joint Trials

[61] In his reasons, my colleague rejects the argument that the use of joint trials does not advance the objective of improving judicial efficiency. He notes that most of the procedural discrepancies between *Criminal Code* and *POA* trials are “relatively minor in nature” or “will arise only in rare circumstances” (para. 29). While this may be the case, it is of no moment. The Attorney General of Ontario readily acknowledges that holding a joint trial would require *Criminal Code* and *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, procedures and provisions to apply in the event that they conflicted with provincial procedures and provisions. In light of the Legislature's clear intent to create distinct procedural regimes, this

Certes. J'estime cependant qu'il s'agit d'un choix de la Législature qui reflète la nécessité d'établir un équilibre adéquat entre la célérité et l'efficacité d'une part, et l'importance de mener un procès complet et équitable d'autre part. Dans les cas où l'une ou l'autre des parties considère qu'il est avantageux sur le plan pratique de tenir deux procès complets, durant lesquels la preuve est présentée à deux reprises, le par. 47(1) offre la possibilité de faire de la sorte. Par exemple, si les éléments des infractions criminelle et provinciale dont l'inculpé a été accusé sont différents, l'une ou l'autre des parties peut juger qu'il est utile que le juge du procès réentende et réexamine la preuve. Suivant le mécanisme prévu au par. 47(1), la mise en application de cette disposition relève des parties plutôt que du juge. Les tribunaux doivent respecter ce choix du législateur.

[60] En somme, tant le libellé que le contexte entourant l'application de la *LIP* signalent l'intention qu'avait la Législature en l'adoptant : mettre en place un régime procédural s'appliquant exclusivement aux infractions provinciales. La tenue de procès conjoints dans de telles circonstances serait incompatible avec une telle intention, faisant ainsi fi de la distinction importante entre les infractions provinciales et les crimes réels et entre la procédure distincte qui s'applique aux unes et aux autres. Cette distinction est au cœur de la *LIP*, comme l'indique le libellé du par. 2(1).

## (2) Les aspects pratiques des procès conjoints

[61] Dans ses motifs, mon collègue rejette l'argument voulant que le recours à des procès conjoints ne contribue pas à la réalisation de l'objectif d'accroître l'efficacité du système judiciaire. Il souligne que la plupart des différences entre les procédures établies par le *Code criminel* et celles établies par la *LIP* pour la tenue de procès « sont de nature relativement mineure » ou « ne seront que rarement soulevées » : par. 29. Tel est peut-être le cas, mais cela n'a guère d'importance. Le procureur général de l'Ontario admet volontiers que la tenue de procès conjoints nécessiterait que les procédures et dispositions prévues au *Code criminel* et par la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5,

would be unacceptable. And as this Court noted in *S.J.L.*, at para. 56, the fact that a joint trial may not involve insurmountable practical challenges is not determinative. The intent of the Legislature takes precedence and must be respected.

[62] Respecting the Legislature's choice to create a separate and distinct regime for provincial offences is especially important in light of the challenges facing the criminal justice system today. It is true that joint trials can have many practical advantages, such as those noted by my colleague in para. 33 of his reasons. However, these practical advantages are not achieved exclusively through the conduct of joint trials; the application of s. 47(1) of the *POA*, for example, can also have the effect of improving judicial efficiency, reducing court backlogs, and minimizing inconvenience to witnesses. Moreover, joint trials can in some cases have the unwanted effect of overcomplicating provincial offence proceedings and incentivizing overcharging. For example, the availability of joint trials may encourage the Crown to proceed with the prosecution of both provincial and criminal offences where, in reality, only the prosecution of one of these offences is necessary and/or appropriate.

[63] I recognize that this Court has recently cautioned the Crown against prosecuting "marginal charges" that will add complexity to the criminal proceeding: *R. v. Rodgeron*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760, at para. 45. In my view, prohibiting joint trials of provincial offences and summary conviction criminal offences helps to ensure that prosecutorial discretion is properly exercised in accordance with the public interest.

s'appliquent advenant leur incompatibilité avec les procédures et dispositions provinciales. Compte tenu de l'intention claire qu'avait la Législature de créer des régimes procéduraux distincts, une telle chose serait inacceptable. Par ailleurs, ainsi que la Cour l'a observé au par. 56 de l'arrêt *S.J.L.*, le fait qu'un procès conjoint puisse ne comporter aucune difficulté pratique insurmontable n'est pas déterminant. L'intention de la Législature a préséance, et il y a lieu de s'y plier.

[62] Respecter le choix de la Législature de créer un régime distinct pour les infractions provinciales est d'autant plus important compte tenu des défis auxquels est présentement confronté notre système de justice pénale. S'il est vrai que les procès conjoints peuvent présenter de nombreux avantages d'ordre pratique — dont ceux mentionnés par mon collègue au par. 33 de ses motifs —, ces avantages ne sont pas l'apanage de ce type de procès. L'application du par. 47(1) de la *LIP*, par exemple, est également susceptible d'améliorer l'efficacité judiciaire en réduisant l'engorgement des tribunaux et en minimisant les inconvénients subis par les témoins. Qui plus est, les procès conjoints peuvent, dans certains cas, avoir pour effet indésirable de compliquer inutilement les procédures relatives à une infraction provinciale et d'encourager la multiplicité des accusations. Par exemple, la possibilité de recourir à des procès conjoints pourrait inciter le ministère public à engager des poursuites fondées à la fois sur des infractions provinciales et sur des infractions criminelles, alors que, en réalité, il serait nécessaire ou approprié de porter des accusations seulement quant à l'une de ces infractions.

[63] Je reconnais que la Cour a mis récemment le ministère public en garde contre la poursuite d'« accusations d'importance secondaire » qui ne font qu'ajouter à la complexité des procès criminels : *R. c. Rodgeron*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760, par. 45. À mon avis, interdire la tenue de procès conjoints relatifs à des infractions provinciales d'une part, et à des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire d'autre part, aide à assurer que le pouvoir discrétionnaire de poursuivre est exercé correctement, dans l'intérêt public.

[64] As discussed above, the Legislature has recognized the fundamental difference between provincial and criminal offences, which is reflected in the procedures contained in the *POA*. The Attorney General of Ontario seeks to disregard this difference by prosecuting both regulatory and criminal offences as a matter of course. Where a legislature has sought to fight complexity by creating simplified provincial offence procedures, thus lessening the burden on the criminal justice system in appropriate cases, its efforts must be given their full effect.

(3) Legislative Intent Takes Precedence Over the Common Law Rules

[65] In his reasons, my colleague concludes that conducting a joint trial in these circumstances is permitted pursuant to the common law rules for the joinder of charges for trial. These rules were set out in *R. v. Clunas*, [1992] 1 S.C.R. 595, where this Court held that multiple informations or indictments under the *Criminal Code* can be joined together in a single trial with the consent of the accused, or in the absence of consent, where a joint trial is “in the interests of justice and the offences or accuseds could initially have been jointly charged” (p. 610).

[66] In my view, and with great respect for the opinion of my colleague, this precedent is not applicable to the issue at hand for two reasons. First, the intent of the legislature on the question of jurisdiction takes precedence over the *Clunas* rules for joinder. In other words, the common law cannot permit a joint trial where the legislature’s intent was to maintain two separate justice systems. This point was articulated by Justice Deschamps in *S.J.L.*:

Thus, it must be noted that nothing in the common law or in the *Criminal Code* bars either the joinder of

[64] Comme je l’ai déjà mentionné, la Législature a reconnu la différence fondamentale qui existe entre les infractions provinciales et les infractions criminelles, et elle en a tenu compte en créant les procédures prévues par la *LIP*. Or, le procureur général de l’Ontario souhaite faire abstraction de cette différence, car il a réuni les infractions à la réglementation provinciale et les infractions criminelles dans un même procès, comme si cela allait de soi. Qu’à cela ne tienne, lorsqu’une législature s’est attachée à éliminer les complexités en créant des procédures simplifiées applicables aux infractions provinciales — allégeant ainsi le fardeau qui pèse sur le système de justice pénale dans les cas appropriés —, on doit donner pleinement effet à ces mesures.

(3) L’intention du législateur a préséance sur les règles de common law

[65] Dans ses motifs, mon collègue conclut que la tenue d’un procès conjoint dans les circonstances de l’espèce est autorisée par des règles de common law applicables à la réunion d’accusations en vue d’un procès. Ces règles ont été énoncées dans *R. c. Clunas*, [1992] 1 R.C.S. 595, où la Cour a statué que les dénonciations ou les actes d’accusation multiples fondés sur le *Code criminel* pouvaient être réunis en vue de la tenue d’un seul procès, lorsque l’accusé y consent ou, en l’absence d’un tel consentement, lorsque la tenue d’un procès conjoint « sert les intérêts de la justice et lorsque les accusations auraient pu être portées, ou les accusés inculpés, conjointement à l’origine » : p. 610.

[66] À mon avis, et avec respect pour l’opinion de mon collègue, ce précédent ne s’applique pas à l’espèce, et ce, pour deux raisons. En premier lieu, l’intention du législateur relativement à la question de compétence l’emporte sur les règles énoncées dans *Clunas* en matière de réunion des accusations. Autrement dit, la common law ne saurait permettre la tenue d’un procès conjoint là où l’intention du législateur était de maintenir deux systèmes de justice distincts. La juge Deschamps a énoncé ce point de vue de la manière suivante dans l’arrêt *S.J.L.* :

Il est donc important de noter que rien dans la common law ni dans le *Code criminel* n’interdit de réunir,

young persons and adults in a single indictment or a request for a joint trial. The question, therefore, is whether as a result of the creation of a separate youth criminal justice system, the common law rule is inapplicable and such joinders are accordingly inconsistent with the procedures that must be followed in cases involving young persons.

The [Crown's] proposal [to jointly try adults and young persons] is inconsistent with the spirit and objectives of the [*Youth Criminal Justice Act*], those resulting from the abolition of the transfer to adult court in particular. In addition, the absence of a procedure for joinder of a trial of adults with a trial of young persons shows that Parliament's intention was that the common law rule on joint trials should not apply. [Emphasis added; paras. 52 and 63.]

It is also notable that the reasoning in *S.J.L.* relies only on the “spirit and objectives” of the *Youth Criminal Justice Act* — and not on the common law framework — in resolving the question on appeal. By the same logic, the Legislature's intentions behind the *POA* must take precedence over the common law joinder rules.

[67] Second, the statutory framework within which *Clunas* was decided is altogether different from that which applies to the case at hand. *Clunas* was decided solely within the context of the *Criminal Code*. It dealt with charges under the same statute that were prescribed by the same level of government and were therefore subject to the same evidentiary and procedural rules. The present case, however, deals with statutes enacted by different levels of government, each of which has its own distinct procedures and rules of evidence. More importantly, the *POA* was enacted to keep provincial offences distinct from true crimes at each procedural stage. Given these considerations, and bearing in mind the way this Court addressed the common law framework in *S.J.L.*, I am of the

dans un même acte d'accusation, des adolescents et des adultes ou encore de demander la tenue d'un procès conjoint. La question est donc de savoir si la création d'un système de justice pénale distinct pour les adolescents a eu pour effet d'écartier l'application de la règle de common law et de rendre cette pratique incompatible avec le traitement procédural qui doit être réservé aux adolescents.

La proposition [du ministère public quant à la tenue d'un procès réunissant des adultes et des adolescents] va à l'encontre de l'esprit et des objectifs poursuivis par la [*Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*], en particulier depuis l'abolition de la procédure de renvoi. L'intention d'écartier l'application de la règle de common law régissant la tenue de procès conjoints ressort également de l'absence d'une procédure permettant de joindre un procès visant des adultes et un autre visant des adolescents. [Je souligne; par. 52 et 63.]

Il convient également de souligner que le raisonnement suivi dans l'arrêt *S.J.L.* s'appuie uniquement sur « l'esprit et [l]es objectifs » poursuivis par la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* — et non sur le cadre juridique de common law — pour trancher la question faisant l'objet de l'appel. En suivant la même logique, l'intention poursuivie par la Législature en adoptant la *LIP* doit primer sur les règles de common law applicables à la réunion d'accusations.

[67] En deuxième lieu, l'arrêt *Clunas* a été rendu dans un cadre législatif complètement différent de celui en cause en l'espèce. En effet, cette affaire s'inscrivait uniquement dans le contexte du *Code criminel*, et avait trait à des accusations portées en vertu des dispositions de la même loi, prescrites par le même palier de gouvernement, et donc assujetties aux mêmes règles en matière de preuve et de procédure. En l'espèce, il est plutôt question de dispositions législatives édictées par deux paliers de gouvernement différents, qui se sont tous les deux dotés de leurs propres procédures et de règles de preuve distinctes. Fait plus important, la *LIP* a été adoptée pour que les crimes véritables et les infractions provinciales restent distincts à chaque étape des procédures. Ainsi, et en gardant à l'esprit

view that the two-part test set out in *Clunas* is of little assistance in resolving this particular appeal.

(4) Conclusion on Jurisdiction to Conduct a Joint Trial

[68] Before concluding, I wish to make one final point on this issue: neither the consent of the accused nor the absence of prejudice is of any significance on the jurisdictional question. While it is true that the accused in this case consented to the joint trial and that it may not have occasioned him any prejudice, this cannot create jurisdiction where it did not exist to begin with: *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31, at p. 40; *R. v. Dudley*, 2009 SCC 58, [2009] 3 S.C.R. 570, at para. 34.

[69] As I conclude that an Ontario provincial court judge does not have the jurisdiction to hold a joint trial of *Criminal Code* offences and provincial offences, since such jurisdiction would be inconsistent with the purpose of the *POA*, it is necessary to consider whether this appeal should nevertheless be dismissed on the basis of the federal and provincial curative provisos.

B. *The Curative Provisos*

[70] Although the Court of Appeal held that a joint trial was not permitted, it concluded that this was a mere “procedural irregularity” that could be saved by s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code* and s. 120(1)(b)(iii) of the *POA*: 2016 ONCA 411, 131 O.R. (3d) 375, at para. 88. I disagree. While loss of jurisdiction as a result of procedural irregularities can be cured by s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code*, that provision cannot cure the absence of jurisdiction in the first place. Section 686(1)(b)(iv) provides as follows:

la façon dont la Cour a traité du cadre applicable en common law dans *S.J.L.*, j’estime que le critère en deux volets énoncé dans l’arrêt *Clunas* n’est pas d’un grand secours pour décider du présent pourvoi.

(4) Conclusion relative à la compétence pour tenir un procès conjoint

[68] Avant de conclure, j’aimerais apporter une dernière précision à cet égard : ni le consentement de l’accusé ni l’absence de préjudice subi n’a d’importance relativement à la question de la compétence. S’il est vrai que, en l’espèce, l’accusé a consenti à la tenue du procès conjoint et que cela ne lui a possiblement causé aucun préjudice, ces faits ne peuvent suffire à conférer une compétence qui n’existait pas dès le départ : *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31, p. 40; *R. c. Dudley*, 2009 CSC 58, [2009] 3 R.C.S. 570, par. 34.

[69] Compte tenu de ma conclusion selon laquelle un juge de la cour provinciale de l’Ontario n’a pas compétence pour instruire conjointement des infractions prévues au *Code criminel* et des infractions provinciales — puisqu’une telle compétence irait à l’encontre de l’objet de la *LIP* —, il est nécessaire d’examiner s’il y a tout de même lieu de rejeter le présent pourvoi compte tenu des dispositions réparatrices contenues dans les textes de loi fédéral et provincial.

B. *Les dispositions réparatrices*

[70] Bien que la Cour d’appel ait affirmé qu’une instruction conjointe n’était pas permise, elle a conclu qu’il s’agissait d’une simple [TRADUCTION] « irrégularité de procédure » à laquelle il pouvait être remédié en application des sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel* et 120(1)(b)(iii) de la *LIP* : 2016 ONCA 411, 131 O.R. (3d) 375, par. 88. Je ne suis pas de cet avis. Bien que la perte de compétence résultant d’une irrégularité de procédure puisse être réparée au moyen du sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel*, cette disposition ne saurait permettre de pallier l’absence de compétence dès le départ. Le sous-al. 686(1)(b)(iv) est ainsi libellé :

**686 (1)** On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(b) may dismiss the appeal where

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;

[71] Section 686(1)(b)(iv) was enacted in 1985 and “put an end to the jurisprudence holding that procedural errors having caused a loss of jurisdiction in the trial courts could not be cured”: *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 12. For example, prior to the enactment of s. 686(1)(b)(iv), an incurable loss of jurisdiction would result if an accused was inadvertently and inconsequentially absent from the trial, no matter how quickly this irregularity was remedied: see *Khan*, at para. 12; *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35 (Ont. C.A.).

[72] But s. 686(1)(b)(iv) can cure only *loss* of jurisdiction, not *absence* of jurisdiction. In the words of Goodman J.A. in *Cloutier*, endorsed by this Court in *Khan*, this provision gives an appellate court “the discretionary power to dismiss an appeal where a court has jurisdiction in the first instance but has lost jurisdiction as a result of some procedural irregularity” (p. 46 (emphasis added)).

[73] In this case, the provincial court had no jurisdictional basis to try both summary conviction criminal offences and provincial offences simultaneously. The error was therefore not a procedural irregularity, but a foundational defect in the

**686 (1)** Lors de l’audition d’un appel d’une déclaration de culpabilité ou d’un verdict d’inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d’appel :

(b) peut rejeter l’appel, dans l’un ou l’autre des cas suivants :

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l’égard de la catégorie d’infractions dont fait partie celle dont l’appelant a été déclaré coupable et elle est d’avis qu’aucun préjudice n’a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

[71] Le sous-alinéa 686(1)(b)(iv), qui a été adopté en 1985, a « [mis] un terme à la jurisprudence voulant qu’on ne puisse remédier, même en appel, aux erreurs de procédure ayant causé la perte de compétence des tribunaux de première instance » : *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 12. À titre d’exemple, avant l’adoption de cette disposition, l’absence de l’accusé à son procès — même par inadvertance, et sans que cela porte à conséquence — se traduisait par une perte irrémédiable de compétence, peu importe la rapidité avec laquelle on remédiait à cette irrégularité : voir *Khan*, par. 12; *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35 (C.A. Ont.).

[72] Cela dit, le sous-al. 686(1)(b)(iv) ne peut remédier qu’à la *perte* de compétence, et non à l’*absence* de compétence. Comme l’a déclaré le juge Goodman de la Cour d’appel dans l’arrêt *Cloutier*, et ainsi que la Cour l’a confirmé dans *Khan*, cette disposition [TRADUCTION] « habilit[e] la Cour d’appel à rejeter l’appel si un tribunal de première instance était compétent, mais avait perdu sa compétence par suite d’une irrégularité de procédure » : p. 46 (je souligne).

[73] En l’espèce, la cour provinciale n’avait pas compétence pour juger simultanément les infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et les infractions provinciales. L’erreur n’était donc pas une irrégularité

proceedings. Jurisdiction was not lost; there was a total absence of jurisdiction to conduct the joint trial. Section 686(1)(b)(iv) cannot cure this foundational defect.

[74] Moreover, the curative proviso should not be used to cure the systematic thwarting of the Legislature's intent. Disregard for that intent is not a mere procedural irregularity, but a failure to respect the jurisdictional boundaries of the provincial offences system designed by the Legislature.

[75] The *POA* does not contain a curative proviso like that in s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code*. Rather, s. 120(1)(b)(iii) of the *POA* allows a court to dismiss an appeal only where, despite the existence of an error of law, "no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred". There was no error of law in this case, but rather a total absence of jurisdiction to proceed with a joint trial. Accordingly, s. 120(1)(b)(iii) does not apply in this case.

## II. Disposition

[76] I would allow the appeal. I would quash Mr. Sciascia's convictions under s. 249 of the *Criminal Code* and s. 216 of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8, and order new trials on those charges.

*Appeal dismissed, CÔTÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: O. Wigderson, Barrister, Toronto; Conway Baxter Wilson, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

de procédure, mais constituait un vice de procédure fondamental. Il n'y a pas eu perte de compétence, mais il y avait absence totale de compétence pour tenir le procès conjoint. Le sous-alinéa 686(1)(b)(iv) ne peut remédier à ce vice fondamental.

[74] De surcroît, la disposition réparatrice ne devrait pas servir de remède à la mise en échec systématique de l'intention de la Législature. Faire abstraction de cette intention ne constitue pas à une simple irrégularité de procédure; elle constitue un défaut de respecter le domaine de compétence de la Législature, compétence qu'elle a exercée en adoptant le régime applicable aux infractions provinciales.

[75] La *LIP* ne renferme pas de disposition réparatrice comparable à celle énoncée au sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel*. De fait, le sous-al. 120(1)(b)(iii) de la *LIP* permet au tribunal de rejeter un appel seulement dans le cas où, même si la décision est entachée d'une erreur de droit, « aucun préjudice grave ou aucune erreur judiciaire fondamentale ne s'est produit ». En l'espèce, aucune erreur de droit n'a été commise; il y avait plutôt absence totale de compétence pour tenir un procès conjoint. Conséquemment, le sous-al. 120(1)(b)(iii) ne trouve pas application en l'espèce.

## II. Dispositif

[76] J'accueillerais le pourvoi. J'annulerais les déclarations de culpabilité prononcées contre M. Sciascia en application de l'art. 249 du *Code criminel* et de l'art. 216 du *Code de la route*, L.R.O. 1990, c. H.8, et j'ordonnerais la tenue de nouveaux procès relativement aux accusations en cause.

*Pourvoi rejeté, la juge CÔTÉ est dissidente.*

*Procureurs de l'appelant : O. Wigderson, Barrister, Toronto; Conway Baxter Wilson, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*



**First Nation of Nacho Nyak Dun,  
Tr’ondëk Hwëch’in,  
Yukon Chapter-Canadian Parks  
and Wilderness Society,  
Yukon Conservation Society,  
Gill Cracknell, Karen Baltgailis and  
Vuntut Gwitchin First Nation** *Appellants*

v.

**Government of Yukon** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,  
Gwich’in Tribal Council and  
Council of Yukon First Nations** *Interveners*

**INDEXED AS: FIRST NATION OF NACHO NYAK DUN  
v. YUKON**

**2017 SCC 58**

File No.: 36779.

2017: March 22; 2017: December 1.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and  
Rowe JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
YUKON**

*Aboriginal law — Treaty rights — Land claims — Honour of the Crown — Federal and territorial governments and First Nations entered into final land claims agreements setting out consultative and collaborative process for development of land use plans — Modifications submitted by Yukon failed to follow process contemplated by final agreements — Role of courts in resolving disputes arising in context of modern treaty implementation — Whether Yukon’s approval of plan authorized by final agreements — Appropriate remedy when government breaches obligation under modern treaty.*

The Umbrella Final Agreement, a monumental agreement that set the stage for concluding modern treaties in

**First Nation of Nacho Nyak Dun,  
Tr’ondëk Hwëch’in,  
Yukon Chapter-Canadian Parks  
and Wilderness Society,  
Yukon Conservation Society,  
Gill Cracknell, Karen Baltgailis et  
Vuntut Gwitchin First Nation** *Appelantes*

c.

**Gouvernement du Yukon** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada,  
Gwich’in Tribal Council et  
Council of Yukon First Nations** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : FIRST NATION OF NACHO NYAK DUN  
c. YUKON**

**2017 CSC 58**

N° du greffe : 36779.

2017 : 22 mars; 2017 : 1<sup>er</sup> décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown  
et Rowe.

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU YUKON**

*Droit des Autochtones — Droits issus de traités — Revendications territoriales — Honneur de la Couronne — Ententes définitives sur les revendications territoriales conclues entre les gouvernements fédéral et territorial et les Premières Nations prévoyant un processus de consultation et de collaboration pour l’élaboration de plans d’aménagement du territoire — Modifications proposées par le Yukon en dérogation au processus envisagé dans les ententes définitives — Rôle des tribunaux dans le règlement des conflits que suscite la mise en œuvre des traités modernes — Les ententes définitives autorisent-elles le Yukon à approuver son plan? — Réparation appropriée lorsque le gouvernement ne respecte pas une obligation que prévoit un traité moderne.*

L’Accord-cadre définitif, un accord monumental qui ouvre la voie à la conclusion de traités modernes au Yukon,

the Yukon, established a collaborative regional land use planning process that was adopted in modern land claims agreements between Yukon, Canada, and the appellant First Nations. These Final Agreements recognize the traditional territories of the First Nations in the Yukon portion of the Peel Watershed and their right to participate in the management of public resources in that area. In 2004, the Peel Watershed Planning Commission was established to develop a regional land use plan for the Peel Watershed. In 2009, after years of research and consultation, the Commission initiated the land use approval process by submitting its Recommended Peel Watershed Regional Land Use Plan to Yukon and the affected First Nations. Near the end of the approval process, and after the Commission had released a Final Recommended Plan, Yukon proposed and adopted a final plan that made substantial changes to increase access to and development of the region.

The appellants sought orders quashing Yukon's plan and directing Yukon to re-conduct the second consultation required by s. 11.6.3.2 of the Final Agreements. The appellants also sought orders limiting Yukon's power to modify or reject the Final Recommended Plan going forward. The trial judge declared that Yukon did not act in conformity with the process set out in the Final Agreements and quashed Yukon's second consultation and its plan. By introducing changes that had not been presented to the Commission, the trial judge found that Yukon did not properly conduct the second consultation and invalidly modified the Final Recommended Plan. The Yukon Court of Appeal allowed the appeal in part and set aside the part of the trial judge's order that returned the parties to the second round of consultation. The Court of Appeal found that Yukon had failed to properly exercise its rights to propose modifications to the Recommended Plan and the court returned the parties to the earlier stage in the process where Yukon could articulate its priorities in a valid manner. Before this Court, the parties agree that Yukon did not respect the land use plan approval process set out in the Final Agreements. However, they do not agree on the basis for concluding that Yukon's adoption of its final plan is invalid and the appropriate remedy.

établi pour l'aménagement du territoire dans les régions un processus de collaboration qui a été adopté dans des ententes modernes sur les revendications territoriales conclues entre le Yukon, le Canada et les Premières Nations appelantes. Ces ententes définitives reconnaissent les territoires traditionnels des Premières Nations dans la partie du bassin hydrographique de la rivière Peel située au Yukon et reconnaissent leur droit de participer à la gestion des ressources publiques de cette région. La Commission d'aménagement du bassin hydrographique de la rivière Peel a été établie en 2004 en vue de l'élaboration d'un plan régional d'aménagement du territoire pour cette région. En 2009, après des recherches et des consultations qui ont duré des années, la Commission a enclenché le mécanisme d'approbation du plan d'aménagement du territoire en présentant au Yukon et aux Premières Nations touchées le plan qu'elle recommandait pour l'aménagement de la région du bassin hydrographique de la rivière Peel. Vers la fin du processus d'approbation, après la publication de la version définitive du plan d'aménagement recommandé par la Commission, le Yukon a proposé et adopté un plan définitif qui comportait des changements importants en vue de rendre la région plus accessible et d'accroître sa mise en valeur.

Les appelantes ont sollicité des ordonnances annulant le plan du Yukon et enjoignant au Yukon de reprendre la deuxième consultation requise par l'art. 11.6.3.2 des ententes définitives. Les appelantes ont également sollicité des ordonnances limitant le pouvoir du Yukon de modifier ou de rejeter à l'avenir la version définitive du plan recommandé. Le juge de première instance a déclaré que le Yukon ne s'était pas conformé au processus énoncé dans les ententes définitives et il a annulé la deuxième consultation menée par le Yukon ainsi que son plan. Il a conclu qu'en apportant des changements qui n'avaient pas été présentés à la Commission, le Yukon n'avait pas régulièrement mené la deuxième consultation et que les changements apportés à la version définitive du plan recommandé n'étaient pas valides. La Cour d'appel du Yukon a fait droit à l'appel en partie et annulé la partie de l'ordonnance du juge de première instance renvoyant les parties à la deuxième série de consultations. La Cour d'appel a conclu que le Yukon n'avait pas exercé régulièrement son droit de proposer des modifications au plan recommandé et elle a renvoyé les parties à l'étape antérieure du processus à laquelle le Yukon pourrait valablement articuler ses priorités. Devant notre Cour, les parties reconnaissent que le Yukon ne s'est pas conformé au mécanisme d'approbation du plan d'aménagement du territoire énoncé dans les ententes définitives. Cependant, elles ne s'entendent pas sur la raison pour laquelle l'adoption de son plan définitif par le Yukon est invalide et sur la réparation qui s'impose.

*Held:* The appeal should be allowed in part. The trial judge's order quashing Yukon's approval of its plan is upheld. The parties are returned to the s. 11.6.3.2 stage of the process. The other parts of the trial judge's order are set aside.

These particular proceedings are best characterized as an application for judicial review of Yukon's decision to approve its land use plan. In a judicial review concerning the implementation of modern treaties, a court should simply assess whether the challenged decision is legal, rather than closely supervise the conduct of the parties at each stage of the treaty relationship. Reconciliation often demands judicial forbearance. Courts should generally leave space for the parties to govern together and work out their differences. However, judicial forbearance should not come at the expense of adequate scrutiny of Crown conduct to ensure constitutional compliance. Under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, modern treaties are constitutional documents, and courts play a critical role in safeguarding the rights they enshrine.

The provisions of Chapter 11 of the Final Agreements, which set out the land use planning process, must be interpreted in light of the modern treaty interpretation principles. Compared to their historic counterparts, modern treaties are detailed documents and deference to their text is warranted. Paying close attention to the terms of a modern treaty means interpreting the provision at issue in light of the treaty text as a whole and the treaty's objectives. While courts must show deference to the terms of a modern treaty, this is always subject to such constitutional limitations as the honour of the Crown.

Yukon's right to modify a Final Recommended Plan arises from s. 11.6.3.2 of the Final Agreements. The scheme and objectives of Chapter 11, as well as the text of s. 11.6.3.2, show that this provision authorizes Yukon to make modifications to a Final Recommended Plan that are based on those it proposed earlier in the process or respond to changing circumstances. As modifications are, by definition, minor or partial changes, s. 11.6.3.2 does not authorize Yukon to change the Final Recommended Plan so significantly as to effectively reject it. The power to modify (or approve or reject) in s. 11.6.3.2 is also subject to prior "consultation". In order to comply with the

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli en partie. L'ordonnance du juge de première instance annulant la décision du Yukon d'approuver son plan est confirmée. Les parties sont renvoyées à l'étape prévue à l'art. 11.6.3.2 du processus. Les autres parties de l'ordonnance du juge de première instance sont annulées.

La présente instance participe davantage d'une demande de révision judiciaire de la décision du Yukon d'approuver son plan d'aménagement du territoire. Dans le cadre d'une révision judiciaire relative à la mise en œuvre des traités modernes, les tribunaux devraient simplement déterminer si la décision contestée est légale, au lieu de surveiller étroitement la conduite des parties à chaque étape de leur relation établie par traité. La réconciliation exige souvent des tribunaux une certaine retenue. Ces derniers devraient généralement laisser aux parties la possibilité de gérer ensemble et de régler leurs différends. Cependant, pour assurer le respect de la Constitution, la retenue dont font preuve les tribunaux ne doit pas s'exercer au détriment d'un examen adéquat de la conduite de la Couronne. Aux termes de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les traités modernes sont des documents constitutionnels, et le rôle des tribunaux est essentiel pour assurer la sauvegarde des droits qui y sont inscrits.

Les dispositions du chapitre 11 des ententes définitives, qui prévoient le processus d'aménagement du territoire, doivent être interprétées à la lumière des principes d'interprétation des traités modernes. Comparativement aux traités historiques, les traités modernes sont des documents détaillés et il faut faire preuve de retenue à l'égard de leur libellé. Porter une grande attention au libellé des traités modernes signifie qu'il faut interpréter la disposition en cause à la lumière du texte du traité dans son ensemble et des objectifs du traité. Les tribunaux doivent faire preuve de retenue à l'égard des dispositions d'un traité moderne, mais toujours sous réserve des limitations constitutionnelles comme le principe de l'honneur de la Couronne.

Le droit du Yukon de modifier la version définitive d'un plan recommandé est prévu à l'art. 11.6.3.2 des ententes définitives. L'esprit et les objectifs du chapitre 11 ainsi que le texte de l'art. 11.6.3.2 montrent que cette disposition permet au Yukon d'apporter à la version définitive du plan recommandé des modifications qui sont conformes à celles qu'il a proposées plus tôt dans le processus, ou qui tiennent compte des réalités nouvelles. Comme les modifications sont, par définition, des changements mineurs ou partiels, l'art. 11.6.3.2 n'autorise pas le Yukon à changer en profondeur la version définitive du plan recommandé d'une manière qui reviendrait, dans les

robust definition of this term in the Final Agreements, Yukon must provide notice in sufficient form and detail to allow affected parties to respond to its contemplated modifications to a Final Recommended Plan, then give full and fair consideration to the views presented during consultations before it decides how to respond to the Final Recommended Plan. In all cases, Yukon can only depart from positions it has taken earlier in the process in good faith and in accordance with the honour of the Crown. When exercising rights and fulfilling obligations under a modern treaty, the Crown must always conduct itself in accordance with s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

In this case, Yukon did not have the authority under s. 11.6.3.2 to make the changes that it made to the Final Recommended Plan. Yukon's changes were neither partial nor minor. They were not based on modifications it had proposed earlier in the process, nor were they made in response to changing circumstances. Yukon's changes to the Final Recommended Plan did not respect the land use planning process in the Final Agreements and its conduct was not becoming of the honour of the Crown. Yukon's approval of its plan must therefore be quashed. The effect of quashing this approval is to return the parties to the stage in the land use plan approval process where Yukon could approve, reject, or modify the Final Recommended Plan after consultation, as per s. 11.6.3.2 of the Final Agreements. It was not open to the Court of Appeal to return the parties to an earlier stage of the planning process. By assessing the adequacy of Yukon's conduct at an earlier stage of the land use plan approval process, even though the First Nations did not seek to have the approval quashed on that basis, the Court of Appeal improperly inserted itself into the heart of the ongoing treaty relationship between Yukon and the First Nations. Yukon must bear the consequences of its failure to diligently advance its interests and exercise its right to properly propose modifications related to access and development to the Recommended Plan. It cannot use these proceedings to obtain another opportunity to exercise a right it chose not to exercise at the appropriate time.

faits, à la rejeter. Le pouvoir de modifier (ou d'approuver ou de rejeter) prévu à l'art. 11.6.3.2 est aussi assujéti à une « consultation » préalable. Afin de se conformer à la définition rigoureuse de ce mot dans les ententes définitives, le Yukon doit donner aux parties touchées un avis suffisamment détaillé pour leur permettre de répondre aux modifications qu'il propose d'apporter à la version définitive d'un plan recommandé; il doit ensuite procéder à un examen complet et équitable des positions présentées pendant les consultations avant de décider de sa réponse à la version définitive du plan recommandé. Dans tous les cas, le Yukon peut seulement s'écarter des positions qu'il a adoptées auparavant dans le processus s'il le fait de bonne foi et en conformité avec le principe de l'honneur de la Couronne. Lorsqu'elle exerce les droits que lui confèrent les traités modernes et qu'elle remplit les obligations qui y sont prévues, la Couronne est toujours tenue d'agir dans le respect de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

En l'espèce, le Yukon n'avait pas, en vertu de l'art. 11.6.3.2, le pouvoir d'apporter les changements qu'il a apportés à la version définitive du plan recommandé. Les changements apportés par le Yukon n'étaient ni partiels ni mineurs. Ils ne reposaient pas sur les modifications qu'il avait proposées plus tôt dans le processus et n'avaient pas été apportés pour réagir à des réalités nouvelles. Les changements apportés par le Yukon à la version définitive du plan recommandé ne respectaient pas le mécanisme d'approbation du plan d'aménagement prévu dans les ententes définitives et sa conduite a dérogé au principe de l'honneur de la Couronne. La décision du Yukon d'approuver son plan doit donc être annulée. L'annulation de cette décision a pour effet de renvoyer les parties à l'étape du mécanisme d'approbation du plan d'aménagement du territoire à laquelle le Yukon peut, après consultation, approuver, rejeter ou modifier la version définitive du plan recommandé, conformément à l'art. 11.6.3.2 des ententes définitives. La Cour d'appel ne pouvait pas renvoyer les parties à une étape antérieure du processus d'aménagement du territoire. Lorsqu'elle a examiné le caractère adéquat de la conduite du Yukon à une étape antérieure du mécanisme d'approbation du plan d'aménagement, même si les Premières Nations n'avaient pas demandé que l'approbation du plan soit annulée pour ce motif, la Cour d'appel s'est immiscée à tort au cœur de la relation constante que le traité établit entre le Yukon et les Premières Nations. Le Yukon doit subir les conséquences de son omission d'agir de façon diligente pour faire valoir ses intérêts et exercer son droit de proposer régulièrement au plan recommandé des modifications en matière d'accès et de mise en valeur. Il ne peut se servir de la présente instance pour se créer une nouvelle occasion d'exercer un droit qu'il a choisi de ne pas exercer au moment opportun.

### Cases Cited

**Referred to:** *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069; *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; *Little Narrows Gypsum Co. v. Labour Relations Board (Nova Scotia)* (1977), 24 N.S.R. (2d) 406.

### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1982*, s. 35.  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.  
*Rules of Court*, Y.O.I.C. 2009/65, Rule 54.  
*Yukon First Nations Land Claims Settlement Act*, S.C. 1994, c. 34, ss. 6(1), 8.

### Treaties and Agreements

Comprehensive Land Claim Agreement between Her Majesty The Queen in Right of Canada and the Gwich'in as Represented by the Gwich'in Tribal Council (1992).  
 First Nation of Nacho Nyak Dun Final Agreement between the Government of Canada, the First Nation of Nacho Nyak Dun and the Government of Yukon (1993).  
 Tr'ondëk Hwëch'in Final Agreement among the Government of Canada, the Tr'ondëk Hwëch'in and the Government of Yukon (1998).  
 Umbrella Final Agreement between the Government of Canada, the Council for Yukon Indians and the Government of Yukon (1993).  
 Vuntut Gwitchin First Nation Final Agreement between the Government of Canada, the Vuntut Gwitchin First Nation and the Government of Yukon (1993).

### Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated July 2017, release 2).

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069; *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Little Narrows Gypsum Co. c. Labour Relations Board (Nova Scotia)* (1977), 24 N.S.R. (2d) 406.

### Lois et règlements cités

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 12.  
*Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon*, L.C. 1994, c. 34, art. 6(1), 8.  
*Règles de procédure*, Y.D. 2009/65, règle 54.

### Traités et ententes

Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon (1993).  
 Entente définitive de la Première Nation des Gwitchin Vuntut conclue par le gouvernement du Canada, la Première Nation des Gwitchin Vuntut et le gouvernement du Yukon (1993).  
 Entente définitive de la Première Nation des Nacho Nyak Dun conclue par le gouvernement du Canada, la Première Nation des Nacho Nyak Dun et le gouvernement du Yukon (1993).  
 Entente définitive des Tr'ondëk Hwëch'in conclue par le gouvernement du Canada, les Tr'ondëk Hwëch'in et le gouvernement du Yukon (1998).  
 Entente sur la revendication territoriale globale entre Sa Majesté du chef du Canada et les Gwich'in représentés par le Conseil tribal des Gwich'in (1992).

### Doctrine et autres documents cités

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated July 2017, release 2).

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, *Restructuring the Relationship*. Ottawa: The Commission, 1996.

Council for Yukon Indians. *Together Today for our Children Tomorrow*. Brampton, Ont.: Charters Publishing, 1977.

*Grand Robert de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd. dirigée par Alain Rey. Paris: Le Robert, 2001, “modifier”.

Jai, Julie. “The Interpretation of Modern Treaties and the Honour of the Crown: Why Modern Treaties Deserve Judicial Deference” (2010), 26 *N.J.C.L.* 25.

Newman, Dwight. “Contractual and Covenantal Conceptions of Modern Treaty Interpretation” (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 475.

*Oxford English Dictionary* (online: <http://www.oed.com>), “modify” (archived version: [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC58\\_1\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC58_1_eng.pdf)).

Régimbald, Guy. *Canadian Administrative Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.

Stuart, Barry. “The Potential of Land Claims Negotiations for Resolving Resource-use Conflicts”, in Monique Ross and John Owen Saunders, eds., *Growing Demands on a Shrinking Heritage: Managing Resource-use Conflicts*. Calgary: Canadian Institute of Resources Law, 1992, 129.

APPEAL from a judgment of the Yukon Court of Appeal (Bauman C.J. and Smith and Goepel JJ.A.), 2015 YKCA 18, 379 B.C.A.C. 78, 654 W.A.C. 78, 95 C.E.L.R. (3d) 187, [2016] 1 C.N.L.R. 73, [2015] Y.J. No. 80 (QL), 2015 CarswellYukon 81 (WL Can.), allowing in part an appeal from a decision of Veale J., 2014 YKSC 69, 91 C.E.L.R. (3d) 286, [2015] 1 C.N.L.R. 81, [2014] Y.J. No. 85 (QL), 2014 CarswellYukon 102 (WL Can.). Appeal allowed in part.

*Thomas R. Berger, Q.C., Margaret D. Rosling and Micah S. Clark*, for the appellants.

*John B. Laskin, John A. Terry, Nick Kennedy and Mark Radke*, for the respondent.

*John S. Tyhurst*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Jeff Langlois and David Wright*, for the intervener the Gwich’in Tribal Council.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2, *Une relation à redéfinir*, Ottawa, La Commission, 1996.

Council for Yukon Indians. *Together Today for our Children Tomorrow*, Brampton (Ont.), Charters Publishing, 1977.

*Grand Robert de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd. dirigée par Alain Rey, Paris, Le Robert, 2001, « modifier ».

Jai, Julie. « The Interpretation of Modern Treaties and the Honour of the Crown : Why Modern Treaties Deserve Judicial Deference » (2010), 26 *R.N.D.C.* 25.

Newman, Dwight. « Contractual and Covenantal Conceptions of Modern Treaty Interpretation » (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 475.

*Oxford English Dictionary* (en ligne : <http://www.oed.com>), « modify » (version archivée : [http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC58\\_1\\_eng.pdf](http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2017SCC-CSC58_1_eng.pdf)).

Régimbald, Guy. *Canadian Administrative Law*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.

Stuart, Barry. « The Potential of Land Claims Negotiations for Resolving Resource-use Conflicts », in Monique Ross and John Owen Saunders, eds., *Growing Demands on a Shrinking Heritage : Managing Resource-use Conflicts*, Calgary, Institut canadien du droit des ressources, 1992, 129.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Yukon (le juge en chef Bauman et les juges Smith et Goepel), 2015 YKCA 18, 379 B.C.A.C. 78, 654 W.A.C. 78, 95 C.E.L.R. (3d) 187, [2016] 1 C.N.L.R. 73, [2015] Y.J. No. 80 (QL), 2015 CarswellYukon 81 (WL Can.), qui a accueilli en partie l’appel d’une décision du juge Veale, 2014 YKSC 69, 91 C.E.L.R. (3d) 286, [2015] 1 C.N.L.R. 81, [2014] Y.J. No. 85 (QL), 2014 CarswellYukon 102 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie.

*Thomas R. Berger, c.r., Margaret D. Rosling et Micah S. Clark*, pour les appelantes.

*John B. Laskin, John A. Terry, Nick Kennedy et Mark Radke*, pour l’intimé.

*John S. Tyhurst*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Jeff Langlois et David Wright*, pour l’intervenant Gwich’in Tribal Council.

*Lino Bussoli and Tammy Shoranick, for the intervenor the Council of Yukon First Nations.*

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS J. —

### I. Overview

[1] As expressions of partnership between nations, modern treaties play a critical role in fostering reconciliation. Through s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, they have assumed a vital place in our constitutional fabric. Negotiating modern treaties, and living by the mutual rights and responsibilities they set out, has the potential to forge a renewed relationship between the Crown and Indigenous peoples (*Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 10; *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, *Restructuring the Relationship* (1996), at pp. 3, 10, 40-41 and 56). This case highlights the role of the courts in resolving disputes that arise in the context of modern treaty implementation.

[2] The Umbrella Final Agreement (UFA), a monumental agreement that set the stage for concluding modern treaties in the Yukon, established a collaborative regional land use planning process that was adopted in modern land claims agreements between Yukon, Canada, and First Nations. For almost a decade, Yukon and the affected First Nations participated in the process set out in these agreements to develop a regional land use plan for the Peel Watershed. Near the end of the approval process, after the independent Commission had released a Final Recommended Peel Watershed Regional Land Use Plan, Yukon proposed and adopted a final plan that made substantial changes to increase access to and development of the region.

*Lino Bussoli et Tammy Shoranick, pour l'intervenant Council of Yukon First Nations.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

### I. Aperçu

[1] En témoignant de l'expression d'un partenariat entre les nations, les traités modernes jouent un rôle crucial dans la réalisation de la réconciliation. Par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ces traités ont pris une place fondamentale dans notre tissu constitutionnel. La négociation de traités modernes et le respect des responsabilités et des droits mutuels qui y sont énoncés peuvent permettre de bâtir une relation renouvelée entre la Couronne et les peuples autochtones (*Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 10; *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2, *Une relation à redéfinir* (1996), p. 3, 12, 44-46 et 63). Le présent pourvoi fait ressortir le rôle des tribunaux dans le règlement des conflits qui surviennent dans la mise en œuvre des traités modernes.

[2] L'Accord-cadre définitif (ACD) est un accord monumental qui ouvre la voie à la conclusion de traités modernes au Yukon. Il établit pour l'aménagement du territoire dans les régions un processus de collaboration qui a été adopté dans des ententes modernes sur les revendications territoriales conclues entre le Yukon, le Canada et des Premières Nations. Pendant près de 10 ans, le Yukon et les Premières Nations touchées ont participé au processus énoncé dans ces ententes dans le but d'élaborer un plan régional d'aménagement du territoire pour le bassin hydrographique de la rivière Peel. Vers la fin du processus d'approbation, après la publication de la version définitive du plan d'aménagement recommandé par la Commission indépendante pour le bassin hydrographique de la rivière Peel, le Yukon a proposé et adopté un plan définitif qui comportait des changements importants en vue de rendre la région plus accessible et d'accroître sa mise en valeur.

[3] Before this Court, the parties agree with the courts below that Yukon did not respect the land use plan approval process set out in the Final Agreements. However, they do not agree on the basis for concluding that Yukon's adoption of its final plan is invalid and the appropriate remedy.

[4] In my view, this proceeding is best characterized as a judicial review of Yukon's decision to approve its land use plan. In a judicial review concerning the implementation of modern treaties, a court should simply assess whether the challenged decision is legal, rather than closely supervise the conduct of the parties at each stage of the treaty relationship. Reconciliation often demands judicial forbearance. Courts should generally leave space for the parties to govern together and work out their differences.

[5] At issue in this appeal is the scope of Yukon's authority to "modify" a Final Recommended Plan as it applies to non-settlement lands. In my view, s. 11.6.3.2 of the Final Agreements authorizes Yukon to make modifications to a Final Recommended Plan that (1) are based on those it proposed earlier in the process or (2) respond to changing circumstances. As modifications are, by definition, minor or partial changes, s. 11.6.3.2 does not authorize Yukon to change the Final Recommended Plan so significantly as to effectively reject it. In all cases, Yukon can only depart from positions it has taken earlier in the process in good faith and in accordance with the honour of the Crown.

[6] I conclude that Yukon did not have the authority to make the extensive changes that it made to the Final Recommended Plan, and that the trial judge therefore appropriately quashed Yukon's approval of its plan. The effect of quashing this approval was to return the parties to the stage in the land use plan

[3] Devant notre Cour, les parties ont souscrit à l'opinion des juridictions inférieures selon laquelle le Yukon ne s'était pas conformé au mécanisme d'approbation du plan d'aménagement du territoire énoncé dans les ententes définitives. Cependant, elles ne s'entendent pas sur la raison pour laquelle l'adoption de son plan définitif par le Yukon est invalide et sur la réparation qui s'impose.

[4] À mon avis, la présente instance participe davantage d'une révision judiciaire de la décision du Yukon d'approuver son plan d'aménagement du territoire. Dans le cadre d'une révision judiciaire relative à la mise en œuvre des traités modernes, les tribunaux devraient simplement déterminer si la décision contestée est légale, au lieu de surveiller étroitement la conduite des parties à chaque étape de leur relation établie par traité. La réconciliation exige souvent des tribunaux une certaine retenue. Ces derniers devraient généralement laisser aux parties la possibilité de gérer ensemble et de régler leurs différends.

[5] Le présent pourvoi met en cause l'étendue du pouvoir du Yukon de « modifier » la version définitive d'un plan d'aménagement recommandé qui s'applique aux terres non visées par un règlement. À mon avis, l'art. 11.6.3.2 des ententes définitives permet au Yukon d'apporter à la version définitive du plan recommandé des modifications qui (1) sont conformes à celles qu'il a proposées plus tôt dans le processus, ou qui (2) tiennent compte des réalités nouvelles. Comme les modifications sont, par définition, des changements mineurs ou partiels, l'art. 11.6.3.2 n'autorise pas le Yukon à changer en profondeur la version définitive du plan recommandé d'une manière qui reviendrait, dans les faits, à la rejeter. Dans tous les cas, le Yukon ne peut s'écarter des positions qu'il a prises plus tôt dans le processus que s'il agit de bonne foi et en conformité avec le principe de l'honneur de la Couronne.

[6] Je conclus que le Yukon n'avait pas le pouvoir d'apporter les changements importants qu'il a apportés à la version définitive du plan recommandé et que le juge de première instance a donc eu raison d'annuler la décision du Yukon d'approuver son plan. L'annulation de cette décision a eu pour



approval process where Yukon could “approve, reject or modify” the Final Recommended Plan after consultation, as per s. 11.6.3.2 of the Final Agreements. The Court of Appeal erred in returning the parties to an earlier stage in the process. I would therefore allow the appeal in part. The trial judge’s order quashing the approval is upheld. As no further judicial direction was required, the other parts of the trial judge’s order are set aside.

#### A. *The Final Agreements*

[7] The Umbrella Final Agreement and the specific Final Agreements that implement its terms are the product of decades of negotiations “between well-resourced and sophisticated parties” (*Little Salmon*, at para. 9). The modern treaties at issue in this case are the Final Agreements of the First Nation of Nacho Nyak Dun, Tr’ondëk Hwëch’in, and Vuntut Gwitchin First Nation. A Yukon Transboundary Agreement executed by the Gwich’in Tribal Council on behalf of the Tetlit Gwich’in is also implicated in this case.

[8] Section 35 of the *Constitution Act, 1982* recognizes and affirms the existing Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada, which include treaty rights that now exist by way of land claims agreements. Section 6(1) of the *Yukon First Nations Land Claims Settlement Act*, S.C. 1994, c. 34, states that a Yukon Final Agreement or Transboundary Agreement is in effect a land claims agreement within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* (see also s. 2.2.1 of the UFA). Thus, these agreements fall within the constitutional protection of s. 35.

[9] The UFA reflects a unique approach in modern treaty negotiation. It was designed to apply to all Final Agreements, but each agreement may include

effet de renvoyer les parties à l’étape du mécanisme d’approbation du plan d’aménagement du territoire à laquelle le Yukon pouvait, après consultation, « approuve[r], reje[ter] ou modifie[r] » la version définitive du plan recommandé, conformément à l’art. 11.6.3.2 des ententes définitives. La Cour d’appel a commis une erreur en renvoyant les parties à une étape antérieure du mécanisme. Je suis en conséquence d’avis d’accueillir le pourvoi en partie. L’ordonnance du juge de première instance annulant la décision d’approuver le plan est confirmée. Puisqu’aucune autre directive judiciaire n’était nécessaire, les autres parties des ordonnances du juge de première instance sont annulées.

#### A. *Les ententes définitives*

[7] L’Accord-cadre définitif, ainsi que les ententes définitives particulières qui prévoient sa mise en œuvre, sont le fruit de négociations qui ont duré des dizaines d’années « entre des parties qui sont averties et disposent de ressources importantes » (*Little Salmon*, par. 9). Les traités modernes en cause sont les ententes définitives de la First Nation of Nacho Nyak Dun, des Tr’ondëk Hwëch’in et de la Vuntut Gwitchin First Nation. Un Accord transfrontalier du Yukon, signé par le Gwich’in Tribal Council pour le compte des Tetlit Gwich’in, est également en cause dans la présente affaire.

[8] L’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît et confirme les droits existants — ancestraux et issus de traités — des peuples autochtones du Canada, lesquels comprennent les droits existants issus d’accords sur des revendications territoriales. Selon le par. 6(1) de la *Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon*, L.C. 1994, c. 34, un accord définitif ou transfrontalier du Yukon constitue en fait un accord sur des revendications territoriales au sens de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (voir également l’art. 2.2.1 de l’ACD). Ces accords jouissent par conséquent de la protection constitutionnelle garantie à l’art. 35.

[9] L’ACD présente une méthode unique de négociation des traités modernes. Il est conçu de manière à s’appliquer à toutes les ententes définitives,

provisions specific to a Yukon First Nation (s. 2.1.3). While the UFA does not create or affect any legal rights (s. 2.1.2), a Yukon First Nation may exchange its Aboriginal rights for defined treaty rights under a Final Agreement (*Little Salmon*, at para. 9).

[10] The UFA is a model for reconciliation. This framework establishes institutions for self-government and the management of lands and resources. The Final Agreements falling under the UFA are intended to foster a positive and mutually respectful long-term relationship between the signatories (see *Little Salmon*, at paras. 8 and 10). In this way, the Final Agreements address past grievances, and yet are oriented towards the future.<sup>1</sup>

[11] The UFA establishes, and the Final Agreements implement, a land use planning process for the lands designated in each Final Agreement. These Final Agreements and the Transboundary Agreement recognize the traditional territories of the affected First Nations in the Yukon portion of the Peel Watershed and their right to participate in the management of public resources in that area.

#### B. *The Peel Watershed*

[12] The Peel Watershed Planning Region spans almost 68,000 square kilometers and is located in northern Yukon. It is one of the largest intact wilderness watersheds in North America. Its landscape ranges from “rugged mountains to low, flat taiga forests”. The ecosystem is characterized by its rich water resources and abundant and diverse fish, wildlife, and plant populations. This wilderness character is nearly untouched by contemporary development — there are no permanent residents and few roads in

<sup>1</sup> Indeed, in 1973, Chief Elijah Smith presented Prime Minister Pierre Trudeau a document entitled *Together Today for our Children Tomorrow* (published in 1977), which outlined the Council for Yukon Indians’ vision for negotiating a land claim with the Government of Canada.

mais chaque entente peut comporter des dispositions spécifiques à chaque Première Nation (art. 2.1.3). L’ACD n’a pas pour effet de créer des droits légaux ou de porter atteinte à de tels droits (art. 2.1.2), mais une Première Nation du Yukon peut, en vertu d’une entente définitive, céder ses droits ancestraux contre des droits définis par traités (*Little Salmon*, par. 9).

[10] L’ACD est un modèle à suivre sur la voie de la réconciliation. Ce cadre établit des institutions d’autonomie gouvernementale et de gestion des terres et des ressources. Les ententes définitives conclues dans le cadre de l’ACD doivent favoriser chez les signataires une relation à long terme harmonieuse et empreinte de respect mutuel (voir *Little Salmon*, par. 8 et 10). Ainsi, les ententes définitives règlent les griefs du passé, tout en se tournant vers l’avenir<sup>1</sup>.

[11] L’ACD établit, relativement aux terres désignées dans chaque entente définitive, un processus d’aménagement du territoire dont la mise en œuvre est prévue dans les ententes définitives. Celles-ci, ainsi que l’accord transfrontalier, reconnaissent les territoires traditionnels des Premières Nations touchées dans la partie du bassin hydrographique de la rivière Peel située au Yukon, et reconnaissent également le droit de ces Premières Nations de participer à la gestion des ressources publiques de cette région.

#### B. *Le bassin hydrographique de la rivière Peel*

[12] La région d’aménagement du bassin hydrographique de la rivière Peel, située dans le nord du Yukon, s’étend sur presque 68 000 kilomètres carrés. Il s’agit de l’un des plus grands bassins hydrographiques sauvages intacts en Amérique du Nord. Son paysage offre [TRADUCTION] « des montagnes escarpées et des terres basses de forêts de la taïga ». L’écosystème se caractérise par la richesse de ses ressources hydriques et par l’abondance et la diversité de ses ressources halieutiques, fauniques et

<sup>1</sup> Déjà, en 1973, le chef Elijah Smith présentait au premier ministre Pierre Trudeau un document intitulé *Together Today for our Children Tomorrow* (publié en 1977), lequel exposait la vision du Council for Yukon Indians pour la négociation des revendications territoriales avec le gouvernement du Canada.

the watershed. As an intact ecosystem, the watershed supports the traditional activities of the First Nations.

[13] Although the current level of land use activity in the watershed is relatively low, it presents further opportunities for economic development. The watershed currently carries low-level renewable resource use, including traditional land uses, wilderness tourism, recreation, big game outfitting, and trapping. There is also a growing interest in developing its non-renewable resource potential, including mineral, and oil and gas exploration. These land uses are not all necessarily compatible. In recognition of this reality, the parties have created a process for managing land use in the Peel Watershed.

### C. *The Peel Watershed Land Use Planning Process*

[14] Chapter 11 of the UFA establishes a process for developing regional land use plans that ensures the meaningful participation of First Nations in the management of public resources in settlement and non-settlement lands (*Little Salmon*, at para. 9). “Settlement Land” is land held by a Yukon First Nation. The Final Agreements each incorporate, without modification, the provisions in Chapter 11 of the UFA, including the provisions that set out the land use plan approval process (s. 11.6.0).

[15] By voluntary agreement of Yukon and the affected First Nations, the Yukon Land Use Planning Council established the Peel Watershed Planning Commission in 2004 to develop a Regional Land Use Plan for the portion of the Peel Watershed within Yukon. The plan would address land use in both settlement and non-settlement areas. As required by Chapter 11 of the Final Agreements, the

végétales. Ce caractère sauvage n’est presque pas touché par le développement contemporain — personne ne réside en permanence dans la région du bassin et il y a peu de routes. Son écosystème étant intact, le bassin hydrographique soutient les activités traditionnelles des Premières Nations.

[13] Bien qu’il y ait relativement peu d’activités d’aménagement des terres dans le bassin actuellement, celui-ci présente des possibilités de développement économique. L’utilisation des ressources renouvelables du bassin est encore faible; elle comporte notamment des utilisations traditionnelles des terres, des activités de tourisme en milieu sauvage, de loisir et de piégeage, et des pourvoiries de chasse au gros gibier. Le développement de son potentiel en ressources non renouvelables, notamment l’exploration minière, pétrolière et gazière, suscite de plus en plus d’intérêt. Ces différentes utilisations ne sont pas nécessairement toutes compatibles. Conscientes de cette réalité, les parties ont créé un processus de gestion de l’aménagement du territoire dans le bassin hydrographique de la rivière Peel.

### C. *Le processus d’aménagement du territoire dans le bassin hydrographique de la rivière Peel*

[14] Le chapitre 11 de l’ACD établit, pour l’élaboration de plans régionaux d’aménagement du territoire, un processus qui assure aux Premières Nations une participation véritable à la gestion des ressources publiques des terres visées ou non par un règlement (*Little Salmon*, par. 9). L’expression « terre visée par le règlement » s’entend d’une terre détenue par une Première nation du Yukon. Chacune des ententes définitives intègre, sans aucune modification, les dispositions du chapitre 11 de l’ACD, y compris les dispositions qui prévoient le mécanisme d’approbation des plans d’aménagement du territoire (art. 11.6.0).

[15] Le Yukon et les Premières Nations touchées ont convenu que le Conseil d’aménagement du territoire du Yukon établisse en 2004 la Commission d’aménagement du bassin hydrographique de la rivière Peel en vue de l’élaboration d’un plan régional d’aménagement du territoire dans la partie de ce bassin située au Yukon. Le plan doit prévoir l’aménagement de toutes les terres, qu’elles soient ou non

members of the Commission were nominated by Yukon, the First Nations, and jointly.

[16] Throughout the planning process, the Commission engaged in intensive stakeholder, expert, and public consultation and published various reports which informed its development of the Recommended Plan.

[17] In 2009, after more than four years of research and consultation, the Commission initiated the land use plan approval process by submitting its Recommended Peel Watershed Regional Land Use Plan to Yukon and the affected First Nations (s. 11.6.1). This process is found in ss. 11.6.1 to 11.6.5.2 of Chapter 11, set out in an Appendix to these reasons.

[18] After consultation, Yukon was required to approve, reject, or propose modifications to the part of the plan that applied to non-settlement land (s. 11.6.2). If Yukon chose to reject it or propose modifications, it was required to provide written reasons (s. 11.6.3). The First Nations have similar rights and responsibilities with respect to the part of the Recommended Plan that applies to settlement land (ss. 11.6.4 and 11.6.5).

[19] Before carrying out consultation on the Recommended Plan as required by s. 11.6.2, Yukon met with the affected First Nations and in 2010, signed a Joint Letter of Understanding (LOU). The 2010 LOU set out the parties' intention to establish a coordinated response to the Recommended Plan, to conduct joint community consultation, and to endeavour to achieve consensus on the plan. In January 2011, the parties signed a second LOU, with similar terms to the 2010 LOU, in anticipation of the second round of consultation.

visées par un règlement. Conformément au chapitre 11 des ententes définitives, les membres de la Commission ont été nommés à la fois par le Yukon, les Premières Nations et les deux parties conjointement.

[16] Tout au long du processus d'aménagement du territoire, la Commission a consulté de manière approfondie des intéressés, des experts et le public, et elle a publié différents rapports qui l'éclairent dans l'élaboration du plan recommandé.

[17] En 2009, après des recherches et des consultations qui ont duré plus de quatre ans, la Commission a enclenché le mécanisme d'approbation du plan d'aménagement du territoire en présentant au Yukon et aux Premières Nations touchées le plan qu'elle recommandait pour l'aménagement de la région du bassin hydrographique de la rivière Peel (art. 11.6.1). Ce mécanisme est précisé aux art. 11.6.1 à 11.6.5.2 du chapitre 11, lesquels sont reproduits à l'annexe des présents motifs.

[18] Après consultation, le Yukon devait approuver ou rejeter la partie du plan applicable aux terres non visées par un règlement, ou y proposer des modifications (art. 11.6.2). Si le Yukon choisissait de rejeter le plan ou de proposer des modifications, il devait fournir ses motifs par écrit (art. 11.6.3). Les Premières Nations ont des droits et des responsabilités semblables en ce qui a trait à la partie du plan recommandé qui s'applique aux terres visées par un règlement (art. 11.6.4 et 11.6.5).

[19] Avant de procéder à la consultation sur le plan recommandé tel que prévu à l'art. 11.6.2, le Yukon a rencontré les Premières Nations touchées et en 2010, ils ont signé un protocole d'entente. Ce protocole d'entente énonçait l'intention des parties de coordonner la préparation de leurs réponses au plan recommandé, de consulter ensemble les collectivités et de tenter d'arriver à un consensus sur le plan. En janvier 2011, les parties ont signé un deuxième protocole d'entente, dont les modalités étaient semblables à celles du protocole d'entente de 2010, en prévision de la deuxième série de consultations.

[20] A joint response of all the parties to the Commission's Recommended Plan, as required by the 2010 LOU, and a response of the affected First Nations were submitted to the Commission in February 2011. A few days later, Yukon submitted its own written response to the Commission.

[21] Yukon's written response included three specific proposed modifications to the Recommended Plan that were similar to those set out in the joint response. In addition, Yukon made two statements expressing its interest in a plan that included increased options for access and development:

1. Re-examine conservation values, non-consumptive resource use and resource development to achieve a more balanced plan.
2. Develop options for access that reflect the varying conservation, tourism and resource values throughout the region.

(Letter from Minister of Energy, Mines and Resources, dated February 21, 2011; A.R., vol. VII, at p. 84)

[22] The Commission was required to reconsider the Recommended Plan in light of Yukon's written response (s. 11.6.3.1). In the Commission's view, the development and access points were not sufficiently detailed to be considered in the development of the Final Recommended Plan; they were simply expressions of Yukon's general desires and were not "proposed modifications". The Commission reconsidered its Recommended Plan in light of the joint response, the First Nations' response, and Yukon's response, including the three specific proposed modifications, and released its Final Recommended Plan in July 2011.

[23] Yukon was slow to respond, and when it did so, it did not follow the January 2011 LOU. In February 2012, the Minister of Energy, Mines and

[20] Une réponse conjointe de toutes les parties au plan recommandé par la Commission, requise par le protocole d'entente de 2010, ainsi qu'une réponse des Premières Nations touchées, ont été présentées à la Commission en février 2011. Quelques jours plus tard, le Yukon a transmis sa propre réponse écrite à la Commission.

[21] Dans sa réponse écrite, le Yukon proposait trois modifications précises au plan recommandé, lesquelles étaient similaires à celles énoncées dans la réponse conjointe. En outre, le Yukon a fait deux observations pour exprimer son intérêt d'avoir un plan offrant davantage de possibilités d'accès et de mise en valeur :

[TRADUCTION]

1. Réexaminer les valeurs de conservation, l'utilisation des ressources non consommables et la mise en valeur des ressources en vue d'obtenir un plan plus équilibré.
2. Élaborer relativement à l'accès des possibilités qui reflètent les différentes valeurs liées à la conservation, au tourisme et aux ressources partout dans la région.

(Lettre du ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources, en date du 21 février 2011; d.a., vol. VII, p. 84)

[22] La Commission était tenue d'examiner à nouveau le plan recommandé en tenant compte de la réponse écrite du Yukon (art. 11.6.3.1). Selon la Commission, les points relatifs à la mise en valeur et à l'accès n'étaient pas suffisamment détaillés pour qu'elle en tienne compte dans l'élaboration de la version définitive du plan recommandé; ils exprimaient simplement le souhait général du Yukon et ne constituaient pas des « modifications proposées ». La Commission a examiné à nouveau son plan recommandé en tenant compte de la réponse conjointe, de celle des Premières Nations et de celle du Yukon, y compris des trois modifications particulières proposées, et elle a présenté en juillet 2011 la version définitive du plan recommandé.

[23] Le Yukon a mis du temps à y répondre, et quand il a répondu, il ne s'est pas conformé au protocole d'entente conclu en janvier 2011. En février

Resources issued a news release developing eight core principles to guide its “modification” of the Final Recommended Plan. Within days, the First Nations objected and stated that Yukon could only modify the Final Recommended Plan in accordance with previously proposed modifications. Yukon responded that it had carried out the process in good faith and acted within the scope of its authority. Several months later, Yukon proposed a new land use designation system. The First Nations objected to the new system, stating that it was a rejection of the land use planning process set out in the Final Agreements. In response, Yukon set out its view that Yukon and the First Nations each had the “ultimate authority” to approve, reject, or modify that part of the Final Recommended Plan that applies to the land under their authority.

[24] Yukon then turned to conducting the second consultation under s. 11.6.3.2. It carried out this consultation on its own, without the coordinated involvement of the First Nations required by the 2011 LOU.

[25] In October 2013, Yukon sent a letter to the affected First Nations summarizing its anticipated “modifications” to the Final Recommended Plan. The changes were intended to increase development and access. Later that month, the First Nations again objected to this position, stating that it was inconsistent with the process set out in the Final Agreements. In January 2014, Yukon approved its land use plan for non-settlement land in the Peel Watershed (s. 11.6.3.2).

[26] These legal proceedings ensued. The appellants, First Nation of Nacho Nyak Dun, Tr’ondëk Hwëch’in, Yukon Chapter-Canadian Parks and Wilderness Society, Yukon Conservation Society, Gill

2012, le ministre de l’Énergie, des Mines et des Ressources a publié un communiqué dans lequel il exposait huit principes directeurs devant servir de guide à l’égard de ses « modifications » à la version définitive du plan recommandé. Dans les jours qui ont suivi, les Premières Nations ont exprimé leur opposition, affirmant que le Yukon ne pouvait modifier la version définitive du plan recommandé qu’en conformité avec les modifications déjà proposées. Le Yukon a répondu qu’il s’était conformé de bonne foi au processus et qu’il agissait dans les limites de son pouvoir. Plusieurs mois plus tard, le Yukon a proposé un nouveau régime de désignation pour l’utilisation du territoire. Les Premières Nations s’y sont opposées en faisant valoir que ce nouveau régime équivalait au rejet du processus d’aménagement du territoire énoncé dans les ententes définitives. En réponse, le Yukon a exposé son point de vue selon lequel le Yukon et les Premières Nations avaient chacun le « pouvoir ultime » d’approuver, de rejeter ou de modifier la partie de la version définitive du plan recommandé qui s’applique aux terres qui relèvent de leur responsabilité.

[24] Le Yukon a ensuite entrepris de tenir la deuxième consultation prévue à l’art. 11.6.3.2. Il l’a menée seul, sans la participation concertée des Premières Nations prévue dans le protocole d’entente de 2011.

[25] En octobre 2013, le Yukon a transmis aux Premières Nations touchées une lettre résumant les « modifications » qu’il entendait apporter à la version définitive du plan recommandé. Les changements visaient à accroître la mise en valeur de la région et l’accès à celle-ci. Plus tard au cours du même mois, les Premières Nations se sont encore une fois opposées à cette position, affirmant qu’elle était contraire au processus énoncé dans les ententes définitives. En janvier 2014, le Yukon a approuvé son plan d’aménagement du territoire applicable aux terres non visées par un règlement dans le bassin hydrographique de la rivière Peel (art. 11.6.3.2).

[26] Ce qui a donné lieu à la présente instance. Les appelantes, First Nation of Nacho Nyak Dun, Tr’ondëk Hwëch’in, Yukon Chapter-Canadian Parks and Wilderness Society, Yukon Conservation

Cracknell and Karen Baltgailis, sought a declaration that Yukon did not properly conduct the second consultation as required by s. 11.6.3.2 and orders quashing Yukon's plan and directing Yukon to re-conduct the second consultation. The appellants also sought orders limiting Yukon's power to modify or reject the Final Recommended Plan going forward. The Vuntut Gwitchin First Nation did not originally join the court action, but was added as a respondent on the appeal to the Court of Appeal.

## II. Decisions Below

[27] The trial judge, Veale J., declared that Yukon did not act in conformity with the process set out in the Final Agreements and quashed Yukon's second consultation and its plan (2014 YKSC 69, [2015] 1 C.N.L.R. 81). He held that, by introducing changes that had not been presented to the Commission, Yukon did not properly conduct the second consultation and invalidly modified the Final Recommended Plan.

[28] In interpreting the Chapter 11 process, the trial judge held that Yukon can only make modifications to a Final Recommended Plan (under s. 11.6.3.2) that are based on those it proposed to the Recommended Plan (under s. 11.6.2) and that Yukon cannot reject a Final Recommended Plan in its entirety if it has proposed modifications to the Recommended Plan. The trial judge therefore ordered Yukon to re-conduct its second consultation, and to then either approve the Final Recommended Plan, or modify it based on the modifications it had previously proposed.

[29] Bauman C.J., writing for Smith and Goepel J.J.A. of the Yukon Court of Appeal (2015 YKCA 18, [2016] 1 C.N.L.R. 73), allowed the appeal in part and set aside the part of the trial judge's order that returned the parties to the second round of consultation. The Court of Appeal found that Yukon had failed to properly exercise its right to propose

Society, Gill Cracknell et Karen Baltgailis, ont sollicité un jugement déclarant que le Yukon n'avait pas mené la deuxième consultation comme il était tenu de le faire en vertu de l'art. 11.6.3.2, ainsi que des ordonnances annulant le plan du Yukon et enjoignant au Yukon de reprendre la deuxième consultation. Les appelantes ont également sollicité des ordonnances limitant le pouvoir du Yukon de modifier ou de rejeter à l'avenir la version définitive du plan recommandé. La Vuntut Gwitchin First Nation n'était pas partie à l'action à l'origine, mais elle a été ajoutée à titre d'intimée dans l'appel devant la Cour d'appel.

## II. Décisions des juridictions inférieures

[27] En première instance, le juge Veale a déclaré que le Yukon ne s'était pas conformé au processus énoncé dans les ententes définitives et il a annulé la deuxième consultation menée par le Yukon ainsi que son plan (2014 YKSC 69, [2015] 1 C.N.L.R. 81). Il a conclu que le Yukon, en apportant des changements qui n'avaient pas été présentés à la Commission, n'avait pas régulièrement mené la deuxième consultation et que les changements apportés à la version définitive du plan recommandé n'étaient pas valides.

[28] Suivant son interprétation du processus prévu au chapitre 11, le juge de première instance a conclu que le Yukon ne peut apporter à la version définitive du plan recommandé (conformément à l'art. 11.6.3.2) que des modifications basées sur celles qu'il avait proposées relativement au plan recommandé (conformément à l'art. 11.6.2), et que le Yukon ne peut pas rejeter en totalité la version définitive du plan recommandé s'il a proposé des modifications au plan recommandé. Le juge a donc ordonné au Yukon de reprendre la deuxième consultation, puis d'approuver la version définitive du plan recommandé ou de la modifier en fonction des modifications qu'il avait déjà proposées.

[29] Le juge en chef Bauman, s'exprimant au nom des juges Smith et Goepel de la Cour d'appel du Yukon (2015 YKCA 18, [2016] 1 C.N.L.R. 73), a fait droit à l'appel en partie et annulé la partie de l'ordonnance du juge de première instance renvoyant les parties à la deuxième série de consultations. La Cour d'appel a conclu que le Yukon n'avait pas exercé

modifications to the Recommended Plan, and the court returned the parties to the stage in the process where Yukon could remedy this failure (s. 11.6.2). The court agreed with the trial judge that Yukon's authority to modify the Final Recommended Plan was limited to modifications it had previously proposed to the Recommended Plan. The Court of Appeal however disagreed with the trial judge's interpretation of the scope of Yukon's authority to reject a Final Recommended Plan, and concluded that this authority was broad.

### III. Analysis

[30] The appellants submit that Yukon's authority to modify a Final Recommended Plan under s. 11.6.3.2 is restricted to modifications based on those it proposed to a Recommended Plan. The trial judge agreed. At trial and before the Court of Appeal, Yukon argued that its ability to modify the Final Recommended Plan was unconstrained. Before this Court, Yukon concedes that it breached the Final Agreements and that its approval of its final plan is invalid. However, it agrees with the Court of Appeal that the appropriate remedy was to return it to the earlier stage of the planning process, where it can propose modifications to the Recommended Plan (s. 11.6.2). In contrast, the First Nations agree with the trial judge that the matter should be returned to the s. 11.6.3.2 stage.

[31] The following issues arise in this appeal:

- (a) What is the appropriate role of the court in these proceedings?
- (b) Was Yukon's approval of its plan authorized by s. 11.6.3.2 of the Final Agreements?
- (c) What is the appropriate remedy?

régulièrement son droit de proposer des modifications au plan recommandé et a renvoyé les parties à l'étape du processus à laquelle le Yukon pouvait remédier à ce manquement (art. 11.6.2). À l'instar du juge de première instance, la Cour d'appel a estimé que le pouvoir du Yukon de modifier la version définitive du plan recommandé se limitait aux modifications qu'il avait déjà proposé d'apporter au plan recommandé. Elle a toutefois écarté l'interprétation que le juge de première instance avait faite de l'étendue du pouvoir du Yukon de rejeter une version définitive du plan recommandé et a conclu que ce pouvoir était vaste.

### III. Analyse

[30] Les appelantes plaident que le pouvoir du Yukon de modifier une version définitive du plan recommandé, prévu à l'art. 11.6.3.2, se limite aux modifications qui sont conformes à celles qu'il avait proposé d'apporter au plan recommandé. Le juge de première instance leur a donné raison. Au procès et devant la Cour d'appel, le Yukon a plaidé qu'il pouvait à son gré modifier la version définitive du plan recommandé. Devant notre Cour, le Yukon reconnaît avoir dérogé aux ententes définitives et que l'approbation de son plan définitif est invalide. Cependant, il convient avec la Cour d'appel que la réparation appropriée consiste à renvoyer les parties à l'étape antérieure du mécanisme d'approbation à laquelle il peut proposer des modifications au plan recommandé (art. 11.6.2). Par contre, les Premières Nations sont d'accord avec le juge de première instance pour dire que l'affaire devrait être renvoyée à l'étape prévue à l'art. 11.6.3.2.

[31] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

- a) Quel rôle sied au tribunal dans la présente instance?
- b) L'article 11.6.3.2 des ententes définitives autorisait-il le Yukon à approuver son plan?
- c) Quelle est la réparation appropriée?



A. *The Appropriate Role of the Court in These Proceedings*

[32] The nature of these proceedings informs the appropriate judicial role in resolving this dispute. As demonstrated by the remedies sought by the First Nations, and the powers set out in s. 8 of the *Yukon First Nations Land Claims Settlement Act*, these particular proceedings are best characterized as an application for judicial review of Yukon's decision to approve its land use plan. The First Nations submitted that Yukon's approval of its land use plan did not comply with the land use plan approval provisions of the Final Agreements, and they asked the trial judge to quash the plan on that basis. This type of remedy is available on judicial review (Rule 54 of the *Rules of Court*, Y.O.I.C. 2009/65; see also trial reasons, at para. 167). The role of the court is simply to assess the legality of the challenged decision. An application for judicial review does not invite the court to assess the legality of every decision that preceded the challenged decision.

[33] In any event, the appropriate judicial role is informed by the fact that this dispute arises in the context of the implementation of modern treaties. Modern treaties are intended to renew the relationship between Indigenous peoples and the Crown to one of equal partnership (see *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, at pp. 3, 10 and 40-41; see also *Little Salmon*, at para. 10). In resolving disputes that arise under modern treaties, courts should generally leave space for the parties to govern together and work out their differences. Indeed, reconciliation often demands judicial forbearance (see *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 313, per McLachlin J., dissenting, but not on this point; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 186, per Lamer C.J.; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, at para. 24). It is not the appropriate judicial role to closely supervise the conduct of the parties at every stage of

A. *Le rôle qui sied au tribunal dans la présente instance*

[32] La nature de la présente instance aide à déterminer le rôle que doit jouer le tribunal dans le règlement de ce différend. Comme le démontrent les réparations sollicitées par les Premières Nations et les pouvoirs énoncés à l'art. 8 de la *Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon*, la présente instance participe davantage d'une demande de révision judiciaire de la décision du Yukon d'approuver son plan d'aménagement du territoire. Les Premières Nations ont affirmé que l'approbation par le Yukon de son plan d'aménagement ne respectait pas les dispositions des ententes définitives relatives à l'approbation des plans d'aménagement du territoire et elles ont demandé au juge de première instance d'annuler le plan pour cette raison. Ce type de réparation peut être accordé dans le cadre d'une révision judiciaire (art. 54 des *Règles de procédure*, Y.D. 2009/65; voir aussi les motifs de première instance, par. 167). Le rôle du tribunal consiste simplement à déterminer la légalité de la décision contestée. Dans le cadre d'une révision judiciaire, il n'appartient pas au tribunal d'évaluer la légalité de chaque décision antérieure à la décision contestée.

[33] Quoi qu'il en soit, le rôle que doit jouer le tribunal dans la présente instance tient au fait que le différend survient dans le contexte de la mise en œuvre des traités modernes. Ces traités visent à renouveler la relation entre les peuples autochtones et la Couronne afin qu'ils soient des partenaires égaux (voir *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, p. 3, 12 et 44-46; voir aussi *Little Salmon*, par. 10). En réglant les différends que font naître les traités modernes, les tribunaux doivent généralement laisser aux parties la possibilité de gérer ensemble et de concilier leurs différences. Certes, la réconciliation exige souvent une certaine retenue de la part des tribunaux (voir *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 313, la juge McLachlin, dissidente, mais pas sur ce point; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 186, le juge en chef Lamer; *Clyde River (Hamlet) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, par. 24). Il

the treaty relationship. This approach recognizes the *sui generis* nature of modern treaties, which, as in this case, may set out in precise terms a co-operative governance relationship.

[34] That said, under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, modern treaties are constitutional documents, and courts play a critical role in safeguarding the rights they enshrine. Therefore, judicial forbearance should not come at the expense of adequate scrutiny of Crown conduct to ensure constitutional compliance.

B. *Yukon's Approval of Its Plan Was Not Authorized by Section 11.6.3.2 of the Final Agreements*

[35] I agree with the parties and both courts below that Yukon's changes to the Final Recommended Plan did not respect the land use planning process in the Final Agreements. However, the reasoning and the focus of the parties and courts below lead to different conclusions and different remedies. In my view, Yukon's approval of the plan was not valid as Yukon's changes to this plan were not authorized. To explain why, I must interpret s. 11.6.3.2 of the Final Agreements, which sets out Yukon's right to modify a Final Recommended Plan.

[36] The provisions of Chapter 11 must be interpreted in light of the modern treaty interpretation principles set out in this Court's jurisprudence and the interpretation principles in the Final Agreements (ss. 2.6.1 to 2.6.8). Because modern treaties are "meticulously negotiated by well-resourced parties", courts must "pay close attention to [their] terms" (*Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557, at para. 7). "[M]odern treaties

n'appartient pas aux tribunaux de surveiller étroitement la conduite des parties à chaque étape de leur relation établie par traité. Cette approche reconnaît la nature *sui generis* des traités modernes qui, comme ceux en l'espèce, peuvent énoncer en des termes précis une relation de gouvernance axée sur la collaboration.

[34] Cela étant dit, aux termes de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les traités modernes sont des documents constitutionnels, et le rôle des tribunaux est essentiel pour assurer la sauvegarde des droits qui y sont inscrits. En conséquence, pour assurer le respect de la Constitution, la retenue dont font preuve les tribunaux ne doit pas s'exercer au détriment d'un examen adéquat de la conduite de la Couronne.

B. *L'article 11.6.3.2 des ententes définitives n'autorisait pas le Yukon à approuver son plan*

[35] Je suis d'accord avec les parties et les juridictions inférieures pour dire que les changements apportés par le Yukon à la version définitive du plan recommandé ne respectaient pas le mécanisme d'approbation du plan d'aménagement prévu dans les ententes définitives. Cependant, le raisonnement des parties et des juridictions inférieures ainsi que les points sur lesquels ils ont insisté mènent à des conclusions et à des réparations différentes. J'estime que la décision du Yukon d'approuver le plan n'était pas valide puisque les changements apportés au plan par le Yukon n'étaient pas autorisés. Pour expliquer mon point de vue, je dois interpréter l'art. 11.6.3.2 des ententes définitives, lequel prévoit le droit du Yukon de modifier la version définitive d'un plan recommandé.

[36] Les dispositions du chapitre 11 doivent être interprétées à la lumière des principes d'interprétation des traités modernes énoncés dans les décisions de notre Cour, et à la lumière des principes d'interprétation prévus dans les ententes définitives (art. 2.6.1 à 2.6.8). Puisque les traités modernes sont « soigneusement négocié[s] par des parties disposant de moult ressources », les tribunaux doivent « porter une grande attention à [leur]

are designed to place Aboriginal and non-Aboriginal relations in the mainstream legal system with its advantages of continuity, transparency, and predictability” (*Little Salmon*, at para. 12). Compared to their historic counterparts, modern treaties are detailed documents and deference to their text is warranted (*Little Salmon*, at para. 12; see also Julie Jai, “The Interpretation of Modern Treaties and the Honour of the Crown: Why Modern Treaties Deserve Judicial Deference” (2010), 26 *N.J.C.L.* 25, at p. 41).

[37] Paying close attention to the terms of a modern treaty means interpreting the provision at issue in light of the treaty text *as a whole* and the treaty’s objectives (*Little Salmon*, at para. 10; *Moses*, at para. 7; ss. 2.6.1, 2.6.6 and 2.6.7 of the Final Agreements; see also the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12). Indeed, a modern treaty will not accomplish its purpose of fostering positive, long-term relationships between Indigenous peoples and the Crown if it is interpreted “in an ungenerous manner or as if it were an everyday commercial contract” (*Little Salmon*, at para. 10; see also D. Newman, “Contractual and Covenantal Conceptions of Modern Treaty Interpretation” (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 475). Furthermore, while courts must “strive to respect [the] handiwork” of the parties to a modern treaty, this is always “subject to such constitutional limitations as the honour of the Crown” (*Little Salmon*, at para. 54).

[38] By applying these interpretive principles, courts can help ensure that modern treaties will advance reconciliation. Modern treaties do so by addressing land claims disputes and “by creating the legal basis to foster a positive long-term relationship” (*Little Salmon*, at para. 10). Although not exhaustively so, reconciliation is found in the respectful fulfillment of a modern treaty’s terms.

libellé » (*Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557, par. 7). « [L]es traités récents visent à inscrire les relations entre Autochtones et non-Autochtones dans le système juridique général, avec les avantages que cela présente au plan de la continuité, de la transparence et de la prévisibilité » (*Little Salmon*, par. 12). Comparativement aux traités historiques, les traités modernes sont des documents détaillés et il faut faire preuve de retenue à l’égard de leur libellé (*Little Salmon*, par. 12; voir aussi Julie Jai, « The Interpretation of Modern Treaties and the Honour of the Crown : Why Modern Treaties Deserve Judicial Deference » (2010), 26 *R.N.D.C.* 25, p. 41).

[37] Porter une grande attention au libellé des traités modernes signifie qu’il faut interpréter la disposition en cause à la lumière du texte du traité *dans son ensemble* et des objectifs du traité (*Little Salmon*, par. 10; *Moses*, par. 7; art. 2.6.1, 2.6.6 et 2.6.7 des ententes définitives; voir aussi la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 12). Certes, un traité moderne n’atteindra pas son objectif, qui consiste à favoriser une relation à long terme harmonieuse entre les peuples autochtones et la Couronne, s’il est interprété « de façon mesquine ou comme s’il est interprété « de façon mesquine ou comme s’il s’agissait d’un banal contrat commercial » (*Little Salmon*, par. 10; voir aussi D. Newman, « Contractual and Covenantal Conceptions of Modern Treaty Interpretation » (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 475). De plus, les tribunaux doivent « essayer de respecter le fruit [du] travail » des parties à un traité moderne, mais toujours « sous réserve des limitations constitutionnelles comme le principe de l’honneur de la Couronne » (*Little Salmon*, par. 54).

[38] En appliquant ces principes d’interprétation, les tribunaux peuvent contribuer à faire en sorte que les traités modernes favoriseront la réconciliation. C’est ce que font les traités modernes en réglant les différends relatifs aux revendications territoriales et « en créant le fondement juridique propre à favoriser une relation à long terme harmonieuse » (*Little Salmon*, par. 10). La réconciliation se réalise, en grande partie, par l’application respectueuse des termes des traités modernes.

[39] I turn first to the language of s. 11.6.3.2 in the UFA and Final Agreements:

Government shall . . . approve, reject or modify that part of the plan recommended under 11.6.3.1 applying on Non-Settlement Land, after Consultation with any affected Yukon First Nation and any affected Yukon community.

While the word “modify” is unqualified in this provision, its juxtaposition to “reject” shows that Yukon cannot modify a Final Recommended Plan so significantly as to effectively reject it. The limited nature of “modify” is also supported by the *Oxford English Dictionary* (online) definition of this term: “To make partial or minor changes to; to alter (an object) in respect of some of its qualities, now typically so as to improve it; to cause to vary without radical transformation.” Similarly, “*modifier*” [modify] which appears in the French version of the UFA is defined in the *Grand Robert de la langue française* (2nd ed. 2001) as [TRANSLATION] “[t]o change (a thing) without altering its nature, its essence.” The meaning of the term conveys that a modification is a limited exercise, which involves changing something without altering its fundamental nature.

[40] The power to modify (or approve or reject) in s. 11.6.3.2 is, by the language of the provision, subject to prior “consultation”. The consultation requirement also limits the nature of the modifications authorized by the section.

[41] “Consultation” is a defined term in the UFA and Final Agreements and requires Yukon to provide

- (a) to the party to be consulted, notice of a matter to be decided in sufficient form and detail to allow that party to prepare its views on the matter;
- (b) a reasonable period of time in which the party to be consulted may prepare its views on the matter,

[39] Je commence par examiner le libellé de l’art. 11.6.3.2 de l’ACD et des ententes définitives :

après avoir consulté les premières nations du Yukon et les collectivités du Yukon touchées, le gouvernement approuve, rejette ou modifie la partie du plan recommandé en application de l’article 11.6.3.1 qui s’applique aux terres non visées par un règlement.

Le mot « modifie » est utilisé sans réserve dans cette disposition, mais le fait qu’il soit juxtaposé au mot « rejette » démontre que le Yukon ne peut pas modifier la version définitive d’un plan recommandé au point où cela reviendrait, dans les faits, à la rejeter. La définition que donne le *Oxford English Dictionary* (en ligne) du mot « modifier » [*modify*] confirme également sa nature limitée : [TRANSLATION] « Apporter des changements partiels ou mineurs; altérer (un objet) quant à certaines de ses qualités, habituellement d’une manière qui l’améliore; faire changer sans transformation profonde. » De même, le *Grand Robert de la langue française* (2<sup>e</sup> éd. 2001) définit comme suit le mot « modifier » qui figure dans la version française de l’ACD : « [c]hanger (une chose) sans en altérer la nature, l’essence. » Le sens de ce terme évoque le champ d’application restreint d’une modification, laquelle suppose qu’un changement est apporté à une chose sans que sa nature fondamentale soit altérée.

[40] Le pouvoir de modifier (ou d’approuver ou de rejeter) prévu à l’art. 11.6.3.2 est, aux termes de la disposition, assujéti à une « consultation » préalable. L’exigence relative à la consultation limite aussi la nature des modifications autorisées par cet article.

[41] Le terme « consultation », défini dans l’ACD et les ententes définitives, oblige le Yukon à s’acquitter des obligations suivantes :

- a) un avis suffisamment détaillé concernant la question à trancher doit être communiqué à la partie devant être consultée afin de lui permettre de préparer sa position sur la question;
- b) la partie devant être consultée doit se voir accorder un délai suffisant pour lui permettre de préparer

and an opportunity to present such views to the party obliged to consult; and

- (c) full and fair consideration by the party obliged to consult of any views presented.

Yukon must therefore provide notice in “sufficient form and detail” to allow affected parties to respond to its contemplated modifications to a Final Recommended Plan, then give “full and fair consideration” to the views presented during consultations before it decides how to respond to the Final Recommended Plan in order to comply with the robust definition of “consultation”. Thus, all parties and courts below agree that if Yukon decides to modify a Final Recommended Plan, it must comply with these procedural requirements in exercising its authority under s. 11.6.3.2.

[42] As well, the language of s. 11.6.3.2 must be read in the broader context of the scheme and objectives of Chapter 11 of the Final Agreements, which establishes a comprehensive process for how the territorial and First Nations governments will collectively govern settlement and non-settlement lands, both of which include traditional territories.

[43] The land use plan approval process is initiated when the Regional Land Use Planning Commission forwards a Recommended Plan to Yukon and affected First Nations (s. 11.6.1). Yukon then has the obligation, after consultation with the affected First Nations and communities, to approve, reject, or propose modifications to the plan as it applies to non-settlement land (s. 11.6.2). Written reasons are required if Yukon rejects the plan or proposes modifications (s. 11.6.3). If Yukon does not approve the plan, the Commission reconsiders it and then proposes a Final Recommended Plan (s. 11.6.3.1). After consultation, Yukon then approves, rejects, or modifies this Final Recommended Plan as it applies to

sa position sur la question, ainsi que l’occasion de présenter cette position à la partie obligée de tenir la consultation;

- c) la partie obligée de tenir la consultation doit procéder à un examen complet et équitable de toutes les positions présentées.

Afin de se conformer à la définition rigoureuse du mot « consultation », le Yukon doit donc donner aux parties touchées un avis « suffisamment détaillé » pour leur permettre de répondre aux modifications qu’il propose d’apporter à la version définitive d’un plan recommandé; il doit ensuite procéder à un « examen complet et équitable » des positions présentées pendant les consultations avant de décider de sa réponse à la version définitive du plan recommandé. Ainsi, toutes les parties et les juridictions inférieures conviennent que si le Yukon décide de modifier la version définitive d’un plan recommandé, il doit satisfaire à ces exigences de nature procédurale dans l’exercice du pouvoir que lui confère l’art. 11.6.3.2.

[42] De même, le libellé de l’art. 11.6.3.2 doit être interprété dans le contexte plus global de l’esprit et des objectifs du chapitre 11 des ententes définitives, lequel établit un processus complet qui prévoit la manière dont le gouvernement territorial et les Premières Nations régiront collectivement les terres visées ou non par un règlement, lesquelles incluent toutes des territoires traditionnels.

[43] Le mécanisme d’approbation des plans d’aménagement du territoire est enclenché au moment où la Commission régionale d’aménagement du territoire transmet au Yukon et aux Premières Nations touchées le plan dont elle recommande l’approbation (art. 11.6.1). Le Yukon a alors l’obligation, après avoir consulté les Premières Nations et les collectivités touchées, d’approuver ou de rejeter le plan, dans la mesure où celui-ci s’applique aux terres non visées par un règlement, ou d’y apporter des modifications (art. 11.6.2). Le Yukon doit également accompagner de motifs écrits sa décision de rejeter le plan ou de proposer des modifications (art. 11.6.3). Si le Yukon n’approuve pas le plan, la Commission

non-settlement land (s. 11.6.3.2). Once a plan is approved, it must be periodically reviewed and can be amended (ss. 11.2.1.4 and 11.2.1.5). Each step of the process builds on decisions made at an earlier stage. This process may span many years and government cycles.

[44] Chapter 11 gives a politically neutral Commission a central role in the land use planning process. The expert Commission's responsibilities overlap significantly with the objectives of Chapter 11, and include ensuring adequate opportunity for public participation, minimizing actual or potential land use conflicts, utilizing the knowledge and traditional experiences of Yukon Indian People and the knowledge of other residents in the region, promoting the well-being of Yukon residents, and promoting sustainable development (ss. 11.1.0 and 11.4.5). As well, the Commission must reconsider a Recommended Plan, in light of any proposed modifications and the written reasons, and propose a Final Recommended Plan (s. 11.6.3.1).

[45] Consultation is a key component of the approval process. Consultations between the parties and affected community members on the Commission's Recommended and Final Recommended Plans foster meaningful dialogue.

[46] The Chapter 11 process ensures that Yukon First Nations can meaningfully participate in land use planning for both settlement and non-settlement lands. It does so by setting out consultation rights and the authority of First Nations to approve, reject,

l'examine à nouveau et présente sa recommandation finale (art. 11.6.3.1). Après avoir mené une consultation, le Yukon approuve, rejette ou modifie la partie de ce plan recommandé qui s'applique aux terres non visées par un règlement (art. 11.6.3.2). Une fois approuvé, le plan doit faire l'objet d'un examen périodique et il peut être modifié (art. 11.2.1.4 et 11.2.1.5). Chaque étape du mécanisme repose sur les décisions prises précédemment. Ce mécanisme peut s'échelonner sur de nombreuses années et sur de nombreux cycles gouvernementaux.

[44] Le chapitre 11 donne à une Commission, neutre sur le plan politique, un rôle essentiel dans le processus d'aménagement du territoire. Les responsabilités de la Commission d'experts recourent en grande partie les objectifs du chapitre 11; elles consistent notamment à fournir au public une occasion suffisante de participer au processus, à réduire au minimum les conflits réels ou potentiels en matière d'aménagement du territoire, à faire appel aux connaissances et à l'expérience traditionnelle des Autochtones du Yukon ainsi qu'aux connaissances des autres résidents de la région, et à promouvoir le bien-être des résidents du Yukon ainsi que le développement durable (art. 11.1.0 et 11.4.5). De même, la Commission doit examiner à nouveau un plan recommandé à la lumière des modifications proposées et des motifs écrits et présenter sa recommandation finale (art. 11.6.3.1).

[45] La consultation est un élément clé du mécanisme d'approbation. Les consultations menées entre les parties et les membres des collectivités touchées relativement au plan recommandé par la Commission et à la version définitive du plan recommandé favorisent un véritable dialogue.

[46] Le processus prévu au chapitre 11 fait en sorte que les Premières Nations du Yukon peuvent véritablement au processus d'aménagement du territoire tant pour les terres visées par un règlement que pour celles qui ne le sont pas. Il prévoit à cette

and modify land use plans (ss. 11.6.1 to 11.6.5.2).<sup>2</sup> In the Final Agreements, most traditional territory was designated as non-settlement land. In exchange for comparatively smaller settlement areas, the First Nations acquired important rights in both settlement and non-settlement lands, particularly in their traditional territories (see Chapters 7, 10, 13, 14, 16, 17 and 18; see also *Little Salmon*, at para. 9). Section 9.3.1 recognizes that “[t]he amount of Settlement Land to be allocated . . . has been determined in the context of the overall package of benefits in the Umbrella Final Agreement.” Barry Stuart, the Chief Land Claims Negotiator for the Yukon Territorial Government, explains that it was more important to First Nations that they be able to meaningfully participate in land use management in all of their traditional territory than to acquire vast tracts of their traditional territory as settlement lands:

. . . it became abundantly clear that [the First Nations’] interests in resources were best served by creatively exploring opinions for shared responsibility in the management of water, wildlife, forestry, land, and culture. Effective and constitutionally protected First Nation management rights advanced their interests in resource use more effectively than simply acquiring vast tracts of land [as settlement lands]. . . .

fin des droits de consultation et le pouvoir des Premières Nations d’approuver, de rejeter et de modifier les plans d’aménagement du territoire (art. 11.6.1 à 11.6.5.2)<sup>2</sup>. Dans les ententes définitives, la majeure partie du territoire traditionnel a été désignée en tant que terres non visées par un règlement. En contrepartie de l’obtention de terres visées par un règlement d’une superficie comparativement moindre, les Premières Nations ont acquis des droits importants tant sur les terres visées par un règlement que sur celles qui ne le sont pas, surtout dans leurs territoires traditionnels (voir les chapitres 7, 10, 13, 14, 16, 17 et 18; voir aussi *Little Salmon*, par. 9). Aux termes de l’art. 9.3.1, « [l]a superficie de terres visées par le règlement [. . .] a été déterminée au regard de l’ensemble des avantages prévus par l’Accord-cadre définitif. » Barry Stuart, le négociateur en chef des revendications territoriales pour le gouvernement territorial du Yukon, a expliqué qu’il était plus important pour les Premières Nations de pouvoir véritablement participer au processus d’aménagement dans l’ensemble de leur territoire traditionnel que d’acquérir de vastes étendues de ce territoire en tant que terres visées par un règlement :

[TRADUCTION] . . . il est devenu évident que les intérêts [des Premières Nations] concernant les ressources étaient mieux préservés en explorant de manière créative le partage possible des responsabilités quant à la gestion de l’eau, de la faune, des forêts, des terres et de la culture. L’acquisition par les Premières Nations de droits de gestion exécutoires et garantis par la Constitution protégeait plus efficacement leurs intérêts en matière d’utilisation des ressources que la simple acquisition de vastes étendues de terres [en tant que terres visées par un règlement]. . .

<sup>2</sup> The lower courts and the parties treated ss. 11.6.2 to 11.6.3.2 and ss. 11.6.4 to 11.6.5.2 as mirroring provisions. However, whereas s. 11.6.3.2 authorizes Yukon to “approve, reject or modify that part of the [Final Recommended Plan] applying on Non-Settlement land”, s. 11.6.5.2 appears to authorize the Yukon First Nations to approve, reject, or modify the Final Recommended Plan, without limitation to the part that applies to settlement land. It is unnecessary to determine the exact nature of the Yukon First Nations’ role in the approval process, as this issue does not arise in this case.

<sup>2</sup> Les juridictions inférieures et les parties ont considéré les art. 11.6.2 à 11.6.3.2 et les art. 11.6.4 à 11.6.5.2 comme étant des dispositions correspondantes. Or, l’art. 11.6.3.2 autorise le Yukon à « approuve[r], rejete[r] ou modifie[r] la partie [de la version définitive] du plan recommandé [. . .] qui s’applique aux terres non visées par un règlement », alors que l’art. 11.6.5.2 semble autoriser les Premières Nations du Yukon à approuver, rejeter ou modifier la version définitive du plan recommandé sans limiter son pouvoir à la partie qui s’applique aux terres visées par un règlement. Toutefois, comme aucune question n’est soulevée dans le présent pourvoi quant au rôle des Premières Nations du Yukon dans le mécanisme d’approbation, il n’est pas nécessaire d’en déterminer la nature exacte.

The Yukon government's desire to decentralize decision making and create meaningful opportunities for public participation in managing resources complemented First Nation interests in resource management, and served their interests more effectively than increasing settlement land holdings.<sup>3</sup>

[47] In short, it is a clear objective of Chapter 11 to ensure First Nations meaningfully participate in land use management in their traditional territories. As well, the Chapter 11 process is designed to foster a positive, mutually respectful, and long-term relationship between the parties to the Final Agreements.

[48] Thus, I agree with the lower courts that Yukon's authority to "modify" a Final Recommended Plan is limited by the language of s. 11.6.3.2, with its requirement of consultation, as robustly defined, and by the objectives and scheme of the land use planning process, including the central role of the Commission and the rights of First Nations to meaningfully participate in the process. Chapter 11 sets out a collaborative process for developing a land use plan, and an unconstrained authority to modify the Final Recommended Plan would render this process meaningless, as Yukon would have free rein to rewrite the plan at the end. Interpreting s. 11.6.3.2 in the context of Chapter 11 shows that Yukon cannot exercise its modification power to effectively create a new plan that is un tethered from the one developed by the Commission, on which affected parties had been consulted.

[49] I agree with both courts below that Yukon can make modifications to a Final Recommended Plan (s. 11.6.3.2) that are based on those it has proposed to the Recommended Plan (s. 11.6.2), as the Commission has had the chance to consider these modifications. However, I disagree that these are the only

<sup>3</sup> B. Stuart, "The Potential of Land Claims Negotiations for Resolving Resource-use Conflicts", in M. Ross and J. O. Saunders, eds., *Growing Demands on a Shrinking Heritage* (1992), 129, at p. 136.

Le souhait du gouvernement du Yukon de décentraliser le processus décisionnel et de créer pour le public des occasions plus concrètes de participer à la gestion des ressources s'ajoutait aux intérêts des Premières Nations dans la gestion des ressources, et préservait ces intérêts plus efficacement que si on leur avait accordé davantage de terres visées par un règlement<sup>3</sup>.

[47] En résumé, le chapitre 11 a un objectif clair qui consiste à veiller à ce que les Premières Nations participent véritablement au processus d'aménagement de leurs territoires traditionnels. Le processus énoncé au chapitre 11 vise aussi à favoriser entre les parties aux ententes définitives une relation à long terme harmonieuse et empreinte de respect mutuel.

[48] Ainsi, je suis d'accord avec les juridictions inférieures pour dire que le pouvoir du Yukon de « modifier » la version définitive d'un plan recommandé est limité par le libellé de l'art. 11.6.3.2, qui exige la consultation — rigoureusement définie —, et par les objectifs et l'esprit du processus d'aménagement du territoire, y compris le rôle central de la Commission et les droits des Premières Nations de participer véritablement au processus. Le chapitre 11 énonce un processus collaboratif pour l'élaboration d'un plan d'aménagement, et un pouvoir absolu de modifier la version définitive du plan recommandé priverait ce processus de tout son sens, puisque le Yukon aurait toute la latitude voulue pour réécrire le plan en bout de ligne. Une interprétation de l'art. 11.6.3.2 en fonction du contexte du chapitre 11 démontre que le Yukon ne peut pas exercer son pouvoir de modifier le plan pour créer, en réalité, un nouveau plan qui n'a aucun rapport avec le plan élaboré par la Commission, lequel a fait l'objet de consultations auprès des parties touchées.

[49] Je partage l'avis des juges des juridictions inférieures selon lequel le Yukon peut apporter à la version définitive du plan recommandé (art. 11.6.3.2) des modifications conformes à celles qu'il avait proposé d'apporter au plan recommandé (art. 11.6.2) puisque la Commission a eu la possibilité d'examiner

<sup>3</sup> B. Stuart, « The Potential of Land Claims Negotiations for Resolving Resource-use Conflicts », dans M. Ross et J. O. Saunders, dir., *Growing Demands on a Shrinking Heritage* (1992), 129, p. 136.



modifications Yukon can make. Interpreting “modify” that narrowly would mean Yukon could only respond to changing circumstances that may arise in the land use planning process by rejecting the Final Recommended Plan. A rejection triggers different consequences than a modification — it brings the land use plan approval process to an end. The parties are left with no land use plan for the region, unless they initiate the process again. Yukon’s power to modify in s. 11.6.3.2 was intended to give it some flexibility to respond to changing circumstances.

[50] For example, in responding to Yukon’s proposed modifications to a Recommended Plan, the Commission may make changes that impact the overall plan. A land use plan is not made of self-contained autonomous components. A change to one aspect of the plan may impact other aspects. Yukon must be able to respond to those changes.

[51] Furthermore, views expressed during the second consultation, views to which Yukon must give “full and fair consideration”, may indicate that modifications to the Final Recommended Plan are needed (Chapter 1 — Definitions, “Consultation”). Given the importance of the robustly defined “consultation” to the land use planning process, Yukon must be entitled to respond to these views.

[52] Yukon may therefore make modifications that respond to changing circumstances, such as those that may arise from the second consultation and changes made by the Commission in its reconsideration of the plan. Given that modifications are, by definition, minor or partial changes, Yukon cannot “modify” a Final Recommended Plan so significantly as to effectively reject it. In all cases, Yukon can only depart from positions it has taken in the past in good faith and in accordance with the honour of the Crown (*Manitoba*

ces modifications. Toutefois, je ne dis pas comme eux que ce sont les seules modifications que peut apporter le Yukon. Interpréter le terme « modifier » de façon aussi étroite signifierait que le Yukon pourrait seulement réagir aux réalités nouvelles que peut présenter le processus d’aménagement du territoire en rejetant la version définitive du plan recommandé. Le rejet a des conséquences différentes de celles qu’entraîne la modification — il met un terme au mécanisme d’approbation du plan d’aménagement du territoire. Les parties ne disposent alors d’aucun plan d’aménagement du territoire pour la région, à moins qu’elles recommencent le processus. Le pouvoir de modifier prévu à l’art. 11.6.3.2 visait à donner au Yukon la souplesse voulue pour réagir aux réalités nouvelles.

[50] Par exemple, lorsqu’elle répond aux modifications que le Yukon propose d’apporter au plan recommandé, la Commission peut faire des changements qui ont une incidence sur l’ensemble du plan. Un plan d’aménagement n’est pas constitué d’éléments autonomes étanches. Un changement à un élément du plan peut se répercuter sur d’autres éléments. Le Yukon doit pouvoir réagir à de tels changements.

[51] De plus, les positions exprimées pendant la deuxième consultation — le Yukon doit en faire un « examen complet et équitable » — peuvent indiquer qu’il est nécessaire d’apporter des modifications à la version définitive d’un plan recommandé (chapitre 1 — Définitions, « consultation »). Vu l’importance, pour le processus d’aménagement du territoire, de la « consultation », dont la définition est rigoureuse, le Yukon doit pouvoir répondre à ces positions.

[52] Le Yukon peut donc apporter des modifications qui tiennent compte des réalités nouvelles, telles celles qui peuvent découler de la deuxième consultation et de changements qu’apporte la Commission lorsqu’elle réexamine le plan. Comme les modifications sont, par définition, des changements mineurs ou partiels, le Yukon ne peut pas « modifier » la version définitive d’un plan recommandé de façon si importante que cela reviendrait, dans les faits, à la rejeter. Dans tous les cas, le Yukon peut

*Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 73; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, at para. 51; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at paras. 19 and 42). When exercising rights and fulfilling obligations under a modern treaty, the Crown must always conduct itself in accordance with s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[53] Turning to the circumstances of this case, I agree with the courts below and the parties that Yukon did not have the authority under s. 11.6.3.2 to make the changes that it made to the Final Recommended Plan, and that Yukon's approval of its plan must therefore be quashed. Yukon's changes to the Final Recommended Plan were neither partial nor minor. As the trial judge found:

The Government approved plan is significantly different than the Final Recommended Plan created by the Commission, in that it both changed the land designation system and shifted the balance of protection dramatically. Under the Government approved plan, 71% of the Peel Watershed is open for mineral exploration with 29% protected compared to 80% protected and 20% open for mineral exploration under the Final Recommended Plan. [para. 111]

[54] Yukon concedes that these significant changes were not based on modifications it had proposed earlier in the process. While it expressed a general desire for more development and access in the Peel Watershed after reviewing the Recommended Plan, it did not properly propose modifications on this matter. Rather, it sent the Commission "bald expressions of preference" related to access and development which were "not sufficiently detailed to permit the Commission to respond in a meaningful way"

seulement s'écarter des positions qu'il a adoptées dans le passé s'il le fait de bonne foi et en conformité avec le principe de l'honneur de la Couronne (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 73; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 51; *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 19 et 42). Lorsqu'elle exerce les droits que lui confèrent les traités modernes et qu'elle remplit les obligations qui y sont prévues, la Couronne est toujours tenue d'agir dans le respect de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[53] En ce qui concerne les circonstances de l'espèce, je conviens avec les juridictions inférieures et les parties que le Yukon n'avait pas, en vertu de l'art. 11.6.3.2, le pouvoir d'apporter les changements qu'il a apportés à la version définitive du plan recommandé, et que la décision du Yukon d'approuver son plan doit donc être annulée. Les changements apportés par le Yukon n'étaient ni partiels ni mineurs. Comme le juge de première instance l'a conclu :

[TRADUCTION] Le plan approuvé par le gouvernement est nettement différent de la version définitive du plan recommandé créée par la Commission, dans la mesure où il a modifié le système de désignation du territoire et a radicalement réduit le pourcentage des terres protégées. Aux termes du plan approuvé par le gouvernement, 71 p. 100 des terres du bassin hydrographique de la rivière Peel sont ouvertes à l'exploration minérale et 29 p. 100 sont protégées, alors qu'aux termes de la version définitive du plan recommandé, 80 p. 100 des terres étaient protégées et 20 p. 100 étaient ouvertes à l'exploration minérale. [par. 111]

[54] Le Yukon reconnaît que ces changements importants ne reposaient pas sur les modifications qu'il avait proposées plus tôt dans le processus. Il a indiqué qu'après avoir examiné le plan recommandé, il souhaitait de manière générale accroître la mise en valeur du bassin hydrographique de la rivière Peel et l'accès à la région, mais il n'a pas régulièrement proposé des modifications à ce sujet. Il a plutôt envoyé à la Commission [TRADUCTION] « de simples préférences » concernant l'accès et la mise en valeur,

(trial reasons, at para. 196). Further, Yukon does not argue that its changes to the Final Recommended Plan were made in response to changing circumstances.

[55] Imagined as a conversation, Yukon chose not to propose a point for discussion, but then proceeded to advance its point in the most general terms and only after the discussion had substantially progressed. Had Yukon proposed these specific modifications for increased access and development after it received the Recommended Plan, the communities would have had an opportunity to provide their views in the first round of consultation and the Commission would have had the opportunity to provide its expert response. By ultimately making these changes to the Final Recommended Plan after failing to present them to the Commission in sufficient detail, Yukon thwarted the land use plan approval process.

[56] Furthermore, Yukon's plan was based upon a second round of consultation that ignored the framework that it had agreed to in the 2011 LOU. This LOU required Yukon and the affected First Nations to conduct the consultations together and to prepare a joint response to the Final Recommended Plan.

[57] By proceeding in this manner, Yukon "usurped the planning process and the role of the Commission" (trial reasons, at para. 198). Its changes did not respect the Chapter 11 process. Respect for this process is especially important where, as here, the planning area includes First Nations' traditional territories within non-settlement areas. As both the trial judge and Court of Appeal noted, Yukon's conduct was not becoming of the honour of the Crown. I therefore agree with the courts below that Yukon's approval of its plan must be quashed.

lesquelles n'étaient « pas suffisamment détaillées pour permettre à la Commission d'y répondre de façon utile » (motifs de première instance, par. 196). En outre, le Yukon ne plaide pas qu'il avait apporté ses changements à la version définitive du plan recommandé pour réagir à des réalités nouvelles.

[55] Comme s'il s'agissait d'une conversation, le Yukon a choisi de ne pas proposer un point de discussion, mais il a alors décidé de soulever son point dans les termes les plus généraux et uniquement à une étape très avancée de la discussion. Si le Yukon avait proposé ces modifications précises en vue d'accroître l'accès et la mise en valeur après avoir reçu le plan recommandé, les collectivités auraient eu l'occasion de présenter leurs positions dans le cadre de la première série de consultations et la Commission aurait eu l'occasion d'y répondre de son point de vue spécialisé. En n'apportant ces changements qu'à la version définitive du plan recommandé sans les avoir présentés à la Commission de manière suffisamment détaillée, le Yukon a saboté le mécanisme d'approbation du plan d'aménagement du territoire.

[56] Par ailleurs, le plan du Yukon était fondé sur une deuxième série de consultations qui ne tenait pas compte du cadre auquel avait adhéré le Yukon dans le protocole d'entente de 2011. Ce protocole d'entente exigeait du Yukon et des Premières Nations touchées qu'elles tiennent ensemble les consultations et qu'elles rédigent une réponse commune à la version définitive du plan recommandé.

[57] En procédant comme il l'a fait, le Yukon [TRADUCTION] « a usurpé le processus d'aménagement et le rôle de la Commission » (motifs de première instance, par. 198). Les changements qu'il a apportés ne respectaient pas le processus prévu au chapitre 11. Le respect de ce processus est d'autant plus important lorsque, comme en l'espèce, la région d'aménagement comprend des territoires traditionnels d'une Première Nation qui se trouvent dans des régions non visées par un règlement. Ainsi que l'ont fait remarquer le juge de première instance et la Cour d'appel, la conduite du Yukon déroge au principe de l'honneur de la Couronne. À l'instar des juridictions inférieures, je suis d'avis que la décision du Yukon d'approuver son plan doit être annulée.

### C. *The Appropriate Remedy*

[58] Where a government decision is quashed, the process prescribed by the treaty simply continues as though the government decision “had never been made” (G. Régimbald, *Canadian Administrative Law* (2nd ed. 2015), at p. 557). The effect of quashing Yukon’s approval of the plan is to return the parties to “the position that they were in prior to the making of the invalid decision”, that is, to the s. 11.6.3.2 stage of the land use plan approval process (D. J. M. Brown and J. M. Evans, with the assistance of D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at p. 12-105; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, at p. 862). At this stage, Yukon must “approve, reject or modify that part of the plan . . . applying on Non-Settlement Land, after Consultation”. As a result, it was unnecessary for the trial judge to quash the second consultation.

[59] The Court of Appeal would have returned the parties to an earlier stage in the process. Although it agreed with the trial judge that Yukon’s changes to the Final Recommended Plan were an invalid exercise of Yukon’s power under s. 11.6.3.2, it went on to consider whether Yukon’s conduct earlier in the land use plan approval process, specifically its “failure to properly exercise its right to provide modifications” to the Recommended Plan, respected the land use plan approval process (paras. 113-14). The Court of Appeal concluded that Yukon “fail[ed] to honour the letter and spirit of its treaty obligations” by proposing modifications to the Recommended Plan that were not sufficiently detailed (para. 177). Accordingly, the Court of Appeal returned the parties to the s. 11.6.2 stage of the land use plan approval process, where Yukon would have the opportunity to remedy this failure and to once again respond to the Recommended Plan.

### C. *La réparation appropriée*

[58] Lorsqu’une décision gouvernementale est annulée, le processus prescrit par le traité suit simplement son cours comme si la décision gouvernementale [TRADUCTION] « n’avait jamais été prise » (G. Régimbald, *Canadian Administrative Law* (2<sup>e</sup> éd. 2015), p. 557). L’annulation de la décision du Yukon d’approuver le plan a pour effet de remettre les parties [TRADUCTION] « dans la situation dans laquelle elles se trouvaient avant que la décision invalide ne soit prise », c’est-à-dire à l’étape du mécanisme d’approbation du plan d’aménagement du territoire prévue à l’art. 11.6.3.2 (D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec l’aide de D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 12-105; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, p. 862). À cette étape, le Yukon doit, « après avoir consulté [. . .], approuve[r], reje[ter] ou modifie[r] la partie du plan [. . .] qui s’applique aux terres non visées par un règlement ». En conséquence, il n’était pas nécessaire que le juge de première instance annule la deuxième consultation.

[59] La Cour d’appel aurait renvoyé les parties à une étape antérieure du processus. Elle a convenu avec le juge de première instance que les changements à la version définitive du plan recommandé apportés par le Yukon constituaient un exercice invalide du pouvoir conféré au Yukon par l’art. 11.6.3.2, mais elle s’est ensuite demandé si la démarche du Yukon entreprise plus tôt dans le mécanisme d’approbation du plan d’aménagement du territoire, en particulier son [TRADUCTION] « omission d’exercer comme il se doit son droit d’apporter des modifications » au plan recommandé, respectait le mécanisme d’approbation du plan d’aménagement (par. 113-114). La Cour d’appel a conclu que le Yukon « avait fait fi de la lettre et de l’esprit de ses obligations issues des traités » en proposant d’apporter au plan recommandé des modifications qui n’étaient pas suffisamment détaillées (par. 177). Par conséquent, la Cour d’appel a renvoyé les parties à l’étape du mécanisme d’approbation du plan d’aménagement prévue à l’art. 11.6.2, où le Yukon aurait l’occasion de remédier à ce manquement et de répondre une autre fois au plan recommandé.

[60] In my view, the Court of Appeal's approach is inconsistent with the appropriate role of courts in a judicial review involving a modern treaty dispute. The court's role is not to assess the adequacy of each party's compliance at each stage of a modern treaty process. Rather, it is to determine whether the challenged decision was legal, and to quash it if it is not. Close judicial management of the implementation of modern treaties may undermine the meaningful dialogue and long-term relationship that these treaties are designed to foster. Judicial restraint leaves space for the parties to work out their understanding of a process — quite literally, to reconcile — without the court's management of that process beyond what is necessary to resolve the specific dispute. By assessing the adequacy of Yukon's conduct at the s. 11.6.2 stage of the land use plan approval process, even though the First Nations did not seek to have the approval quashed on that basis, the Court of Appeal improperly inserted itself into the heart of the ongoing treaty relationship between Yukon and the First Nations.

[61] Moreover, Yukon's "failure to properly exercise its right to provide modifications", as described by the Court of Appeal, was exactly that: a failure to exercise a right, not a breach of an obligation. This failure therefore had no bearing on the validity of Yukon's approval of its final plan (*Chandler*, at p. 863; see also *Little Narrows Gypsum Co. v. Labour Relations Board (Nova Scotia)* (1977), 24 N.S.R. (2d) 406 (S.C. (App. Div.)), at para. 19). As Binnie J. explained in *Little Salmon*, "[i]t is up to the parties, when treaty issues arise, to act diligently to advance their respective interests" (para. 12). Yukon must bear the consequences of its failure to diligently advance its interests and exercise its right to propose access and development modifications to the Recommended Plan. It cannot use these proceedings to obtain another opportunity to exercise a right it chose not to exercise at the appropriate time. Accordingly, I agree with the trial judge that "it would be inappropriate to give the Government the chance to now put its January 2014 plan to the Commission" (para. 219). The appropriate remedy was to quash

[60] À mon avis, l'approche de la Cour d'appel est incompatible avec le rôle que doivent jouer les tribunaux dans la révision judiciaire relative à un différend que soulève un traité moderne. Le rôle des tribunaux ne consiste pas à déterminer si chacune des parties a joué adéquatement son rôle à chaque étape du processus établi par un traité moderne, mais plutôt à déterminer si la décision contestée était légale, et à l'annuler au besoin. Une gestion étroite par les tribunaux de la mise en œuvre des traités modernes peut nuire au véritable dialogue et à la relation à long terme que ces traités doivent favoriser. En faisant preuve de retenue, les tribunaux laissent les parties arriver à une entente sur un processus — en fait, elles vont se réconcilier — sans que les tribunaux interviennent dans le processus au-delà de ce qui est nécessaire pour régler le différend en cause. Lorsqu'elle a examiné le caractère adéquat de la conduite du Yukon à l'étape du mécanisme d'approbation du plan d'aménagement prévue à l'art. 11.6.2, même si les Premières Nations n'avaient pas demandé que l'approbation du plan soit annulée pour ce motif, la Cour d'appel s'est immiscée à tort au cœur de la relation constante que le traité établit entre le Yukon et les Premières Nations.

[61] En outre, j'estime que l'[TRADUCTION] « omission [du Yukon] d'exercer comme il se doit son droit d'apporter des modifications » dont fait état la Cour d'appel était exactement cela : l'omission d'exercer un droit, et non un manquement à une obligation. Cette omission n'avait donc aucune incidence sur la validité de l'adoption, par le Yukon, de la version définitive de son plan (*Chandler*, p. 863; voir aussi *Little Narrows Gypsum Co. c. Labour Relations Board (Nova Scotia)* (1977), 24 N.S.R. (2d) 406 (C.S. (Div. d'appel)), par. 19). Ainsi que l'explique le juge Binnie dans l'arrêt *Little Salmon*, « [i]l appartient aux parties, lorsque l'application des traités suscite des difficultés, d'agir de façon diligente pour faire valoir leurs intérêts respectifs » (par. 12). Le Yukon doit subir les conséquences de son omission d'agir de façon diligente pour faire valoir ses intérêts et exercer son droit de proposer au plan recommandé des modifications en matière d'accès et de mise en valeur. Il ne peut se servir de la présente instance pour se créer une nouvelle occasion d'exercer un droit qu'il a choisi de ne pas exercer au moment opportun. En conséquence, je

Yukon's approval of its plan, thereby returning the parties to the s. 11.6.3.2 stage of the land use plan approval process. It was not open to the Court of Appeal to return the parties to an earlier stage.

[62] In addition to quashing Yukon's approval of its plan, which returned the parties to the s. 11.6.3.2 stage, the trial judge ordered Yukon, after it conducts the consultation, to either approve the Final Recommended Plan, or modify it based on the modifications it had proposed to the Recommended Plan.

[63] As I have explained, the effect of quashing Yukon's decision to approve its plan was to return the parties to the s. 11.6.3.2 stage of the process. It was unnecessary to quash the second consultation. As well, it is premature to interpret the scope of Yukon's authority to reject the Final Recommended Plan after it consults with the affected First Nations, and it is unnecessary to do so in order to resolve this appeal. I would therefore set aside the trial judge's orders quashing the second consultation and relating to Yukon's conduct going forward.

#### IV. Conclusion

[64] The appeal is allowed in part with costs to the appellants. The trial judge's order quashing Yukon's approval of its plan is upheld. As a result, the parties are returned to the s. 11.6.3.2 stage of the land use plan approval process, where Yukon can approve, reject, or modify the Final Recommended Plan as it applies to non-settlement land after consultation with the specified parties. The other parts of the trial judge's order are set aside.

suis d'accord avec le juge de première instance pour dire qu'[TRADUCTION] « il serait inapproprié de donner au gouvernement la possibilité de présenter maintenant à la Commission son plan de janvier 2014 » (par. 219). La réparation appropriée consistait donc à annuler la décision du Yukon d'approuver son plan et, en conséquence, à renvoyer les parties à l'étape du mécanisme d'approbation du plan d'aménagement prévue à l'art. 11.6.3.2. Il n'était pas loisible à la Cour d'appel de renvoyer les parties à une étape antérieure du processus.

[62] En plus d'annuler la décision du Yukon d'approuver son plan, ce qui a eu pour effet de renvoyer les parties à l'étape du processus prévue à l'art. 11.6.3.2, le juge de première instance a ordonné au Yukon, après qu'il aura mené la consultation, soit d'approuver la version définitive du plan recommandé, soit de la modifier en fonction des modifications qu'il avait proposées.

[63] Comme je l'ai expliqué, l'annulation de la décision du Yukon d'approuver son plan a pour effet de renvoyer les parties à l'étape du processus prévue à l'art. 11.6.3.2. Il n'était pas nécessaire d'annuler la deuxième consultation. De même, il est trop tôt pour interpréter l'étendue du pouvoir du Yukon de rejeter la version définitive du plan recommandé après avoir consulté les Premières Nations touchées, et il n'est pas nécessaire de le faire pour trancher le présent pourvoi. Je suis donc d'avis d'annuler les ordonnances du juge de première instance annulant la deuxième consultation et relatives à la conduite du Yukon pour l'avenir.

#### IV. Conclusion

[64] Le pourvoi est accueilli en partie, avec dépens en faveur des appelantes. L'ordonnance du juge de première instance annulant la décision du Yukon d'approuver son plan est confirmée. En conséquence, les parties sont renvoyées à l'étape prévue à l'art. 11.6.3.2 du mécanisme d'approbation du plan d'aménagement du territoire, où le Yukon peut, après consultation avec les parties désignées, approuver, rejeter ou modifier la version définitive du plan recommandé qui s'applique aux terres non visées par un règlement. Les autres parties de l'ordonnance du juge de première instance sont annulées.

**APPENDIX****ANNEXE**

## Final Agreements, Chapter 11, ss. 11.6.1 to 11.6.5.2

## Ententes définitives, chapitre 11, art. 11.6.1 à 11.6.5.2

- 11.6.1 A Regional Land Use Planning Commission shall forward its recommended regional land use plan to Government and each affected Yukon First Nation.
- 11.6.2 Government, after Consultation with any affected Yukon First Nation and any affected Yukon community, shall approve, reject or propose modifications to that part of the recommended regional land use plan applying on Non-Settlement Land.
- 11.6.3 If Government rejects or proposes modifications to the recommended plan, it shall forward either the proposed modifications with written reasons, or written reasons for rejecting the recommended plan to the Regional Land Use Planning Commission, and there upon:
- 11.6.3.1 the Regional Land Use Planning Commission shall reconsider the plan and make a final recommendation for a regional land use plan to Government, with written reasons; and
- 11.6.3.2 Government shall then approve, reject or modify that part of the plan recommended under 11.6.3.1 applying on Non-Settlement Land, after Consultation with any affected Yukon First Nation and any affected Yukon community.
- 11.6.4 Each affected Yukon First Nation, after Consultation with Government, shall approve, reject or propose modifications to that part of the recommended regional land use plan applying to the Settlement Land of that Yukon First Nation.
- 11.6.5 If an affected Yukon First Nation rejects or proposes modifications to the recommended plan, it shall forward either the proposed modifications with written reasons or written reasons for

- 11.6.1 La Commission régionale d'aménagement du territoire transmet au gouvernement et à chaque première nation du Yukon touchée le plan régional d'aménagement du territoire dont elle recommande l'approbation.
- 11.6.2 Le gouvernement, après avoir consulté les premières nations du Yukon et les collectivités du Yukon touchées, approuve ou rejette la partie du plan régional d'aménagement du territoire recommandé qui s'applique aux terres non visées par un règlement ou y apporte des modifications.
- 11.6.3 Si le gouvernement rejette le plan recommandé ou y propose des modifications, il communique à la Commission régionale d'aménagement du territoire soit les modifications proposées, accompagnées de justifications écrites, soit, par écrit, les motifs du rejet du plan recommandé, après quoi :
- 11.6.3.1 la Commission régionale d'aménagement du territoire examine à nouveau le plan et présente au gouvernement sa recommandation finale, accompagnée de motifs écrits, quant au plan régional d'aménagement du territoire;
- 11.6.3.2 après avoir consulté les premières nations du Yukon et les collectivités du Yukon touchées, le gouvernement approuve, rejette ou modifie la partie du plan recommandé en application de l'article 11.6.3.1 qui s'applique aux terres non visées par un règlement.
- 11.6.4 Chaque première nation du Yukon touchée, après avoir consulté le gouvernement, approuve ou rejette la partie du plan régional d'aménagement du territoire recommandé qui s'applique à ses terres visées par le règlement, ou y propose des modifications.
- 11.6.5 Si une première nation du Yukon touchée rejette le plan recommandé ou y propose des modifications, elle communique à la Commission régionale d'aménagement du territoire soit

rejecting the recommended plan to the Regional Land Use Planning Commission, and thereupon:

11.6.5.1 the Regional Land Use Planning Commission shall reconsider the plan and make a final recommendation for a regional land use plan to that affected Yukon First Nation, with written reasons; and

11.6.5.2 the affected Yukon First Nation shall then approve, reject or modify the plan recommended under 11.6.5.1, after Consultation with Government.

*Appeal allowed in part with costs to the appellants.*

*Solicitors for the appellants: Aldridge + Rosling, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Torys, Toronto; Attorney General of Yukon, Whitehorse.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Gwich'in Tribal Council: JFK Law Corporation, Vancouver; David Wright, Inuvik, Northwest Territories.*

*Solicitors for the intervener the Council of Yukon First Nations: Boughton Law Corporation, Vancouver.*

les modifications proposées, accompagnées de justifications écrites, soit, par écrit, les motifs du rejet du plan recommandé, après quoi :

11.6.5.1 la Commission régionale d'aménagement du territoire examine à nouveau le plan et présente à la première nation du Yukon touchée sa recommandation finale, motivée par écrit, du plan régional d'aménagement du territoire;

11.6.5.2 la première nation du Yukon touchée, après avoir consulté le gouvernement, approuve, rejette ou modifie le plan recommandé en vertu de l'article 11.6.5.1.

*Pourvoi accueilli en partie avec dépens en faveur des appelantes.*

*Procureurs des appelantes : Aldridge + Rosling, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé : Torys, Toronto; procureur général du Yukon, Whitehorse.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant Gwich'in Tribal Council : JFK Law Corporation, Vancouver; David Wright, Inuvik, Territoires du Nord-Ouest.*

*Procureurs de l'intervenant Council of Yukon First Nations : Boughton Law Corporation, Vancouver.*



**Nour Marakah** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Alberta,  
Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy  
and Public Interest Clinic, Criminal Lawyers'  
Association of Ontario, British Columbia  
Civil Liberties Association and Canadian  
Civil Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. MARAKAH**

**2017 SCC 59**

File No.: 37118.

2017: March 23; 2017: December 8.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Gascon, Côté and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Standing — Search and seizure — Evidence — Admissibility — Text messages — Mobile devices of accused and accomplice seized and searched without warrant — Whether accused has reasonable expectation of privacy in text message conversation recovered on accomplice's device and therefore standing to challenge search and admission of evidence — Whether guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms protects text messages recovered on recipient's device — Whether evidence should be excluded under s. 24(2) of Charter — If so, whether curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of Criminal Code applies — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).*

**Nour Marakah** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Directeur des poursuites pénales,  
procureur général de la Colombie-Britannique,  
procureur général de l'Alberta,  
Clinique d'intérêt public et de politique  
d'internet du Canada Samuelson-Glushko,  
Criminal Lawyers' Association of Ontario,  
British Columbia Civil Liberties Association  
et Association canadienne des libertés  
civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. MARAKAH**

**2017 CSC 59**

N° du greffe : 37118.

2017 : 23 mars; 2017 : 8 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Qualité pour agir — Fouilles, perquisitions et saisies — Preuve — Admissibilité — Messages textes — Saisie et fouille sans mandat des appareils mobiles de l'accusé et de son complice — L'accusé a-t-il une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard d'une conversation par message texte récupérée à partir de l'appareil du complice et, en conséquence, qualité pour contester la recherche et l'admission d'éléments de preuve? — La protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garantie à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés vise-t-elle les messages textes récupérés à partir de l'appareil du destinataire? — Y a-t-il lieu d'écarter les éléments de preuve en application de l'art. 24(2) de la Charte? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice de l'art. 686(1)(b)(iii) du Code criminel s'applique-t-elle? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

M sent text messages to an accomplice, W, regarding illegal transactions in firearms. The police obtained warrants to search his home and that of W. They seized M's BlackBerry and W's iPhone, searched both devices, and found incriminating text messages. They charged M and sought to use the text messages as evidence against him. At trial, M argued that the messages should not be admitted against him because they were obtained in violation of his s. 8 *Charter* right against unreasonable search or seizure. The application judge held that the warrant for M's home was invalid and that the text messages recovered from his BlackBerry could not be used against him, but that M had no standing to argue that the text messages recovered from W's iPhone should not be admitted against M. The judge admitted the text messages and convicted M of multiple firearms offences. A majority of the Court of Appeal agreed that M could have no expectation of privacy in the text messages recovered from W's iPhone, and hence did not have standing to argue against their admissibility.

*Held* (Moldaver and Côté JJ. dissenting): The appeal should be allowed, the convictions set aside and acquittals entered.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis and Gascon JJ.: Text messages that have been sent and received can, in some cases, attract a reasonable expectation of privacy and therefore can be protected against unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Charter*. Whether a claimant had a reasonable expectation of privacy must be assessed in the totality of the circumstances. To claim s. 8 protection, claimants must establish that they had a direct interest in the subject matter of the search, that they had a subjective expectation of privacy in that subject matter and that their subjective expectation of privacy was objectively reasonable. Only if a claimant's subjective expectation of privacy was objectively reasonable will the claimant have standing to argue that the search was unreasonable. However, standing is merely the opportunity to argue one's case. It does not follow that the accused's argument will succeed, or that the evidence will be found to violate s. 8.

M a envoyé à un complice, W, des messages textes à propos d'opérations illégales impliquant des armes à feu. Les policiers ont obtenu des mandats pour perquisitionner chez lui et chez W. Ils ont saisi le BlackBerry de M et l'iPhone de W, fouillé les deux appareils et découvert des messages textes incriminants. Ils ont porté des accusations contre M et tenté de se servir des messages textes comme preuves contre lui. Au procès, M a soutenu que les messages ne devraient pas être admis en preuve contre lui parce qu'ils ont été obtenus en violation du droit à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*. Le juge des requêtes a statué que le mandat de perquisition exécuté au domicile de M était invalide et que les messages textes récupérés à partir de son BlackBerry ne pouvaient être utilisés contre lui, mais que M n'avait pas qualité pour faire valoir que les messages textes récupérés de l'iPhone de W ne devraient pas être admis en preuve contre lui. Le juge a admis en preuve les messages textes et déclaré M coupable de multiples infractions liées aux armes à feu. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont convenu que M ne pouvait pas s'attendre au respect de sa vie privée à l'égard des messages textes récupérés à partir de l'iPhone de W et, partant, qu'il n'avait pas qualité pour s'opposer à leur admissibilité en preuve.

*Arrêt* (les juges Moldaver et Côté sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, les déclarations de culpabilité sont annulées et des acquittements y sont substitués.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis et Gascon : Certains messages textes envoyés et reçus peuvent susciter une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée et, par conséquent, bénéficier de la protection qu'offre l'art. 8 de la *Charte* contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives. Le caractère raisonnable des attentes d'une personne au respect de sa vie privée dépend de l'ensemble des circonstances. Pour se réclamer de la protection de l'art. 8, le demandeur doit démontrer qu'il avait un intérêt direct dans l'objet de la fouille, qu'il s'attendait subjectivement au respect de sa vie privée à l'égard de cet objet et que son attente subjective au respect de sa vie privée était objectivement raisonnable. Ce n'est que si l'attente subjective du demandeur au respect de sa vie privée était objectivement raisonnable que le demandeur aura qualité pour soutenir que la fouille était abusive. Cependant, la qualité pour agir ne confère que la possibilité de faire valoir son point de vue. Cela ne veut pas dire pour autant que l'argument de l'accusé sera retenu ou que la preuve sera jugée contraire à l'art. 8.

With a text message, the subject matter of the search is the electronic conversation between the sender and the recipient(s). This includes the existence of the conversation, the identities of the participants, the information shared, and any inferences about associations and activities that can be drawn from that information. The subject matter is not the copy of the message stored on the sender's device, the copy stored on a service provider's server, or the copy received on the recipient's device that the police are after; it is the electronic conversation itself, not its components.

A number of factors may assist in determining whether it was objectively reasonable to expect privacy in different circumstances, including: (1) the place where the search occurred whether it be a real physical place or a metaphorical chat room; (2) the private nature of the subject matter, that is whether the informational content of the electronic conversation revealed details of the claimant's lifestyle or information of a biographic nature; and (3) control over the subject matter.

Control is not an absolute indicator of a reasonable expectation of privacy, nor is lack of control fatal to a privacy interest. It is only one factor to be considered in the totality of the circumstances. Control must be analyzed in relation to the subject matter of the search, which in this case was an electronic conversation. Individuals exercise meaningful control over the information that they send by text message by making choices about how, when, and to whom they disclose the information. An individual does not lose control over information for the purposes of s. 8 of the *Charter* simply because another individual possesses it or can access it. Nor does the risk that a recipient could disclose an electronic conversation negate a reasonable expectation of privacy in an electronic conversation. Therefore, even where an individual does not have exclusive control over his or her personal information, only shared control, he or she may yet reasonably expect that information to remain safe from state scrutiny.

In this case, M had a reasonable expectation of privacy in the text messages recovered from W's iPhone. First, the subject matter of the alleged search was the electronic conversation between M and W, not W's iPhone, from which the text messages were recovered. Second, M had

Dans le cas d'un message texte, l'objet de la fouille est la conversation électronique entre l'expéditeur et le ou les destinataires. Cela englobe l'existence de la conversation, l'identité des participants, les renseignements échangés, ainsi que toute inférence que l'on peut tirer de ces renseignements quant aux fréquentations et aux activités des participants. L'objet n'est ni la copie du message stocké à l'intérieur de l'appareil de l'expéditeur, ni la copie stockée sur le serveur du fournisseur de services, ni celle reçue par l'appareil du destinataire que les policiers recherchent; c'est la conversation elle-même et non ses composantes.

Plusieurs facteurs peuvent aider à décider s'il était objectivement raisonnable de s'attendre au respect de la vie privée dans diverses circonstances, notamment : (1) le lieu fouillé, qu'il s'agisse d'un lieu physique réel ou d'un salon de cyberbavardage métaphorique; (2) le caractère privé de l'objet de la fouille, autrement dit la question de savoir si le contenu informatif de la conversation électronique a révélé des détails au sujet du mode de vie du demandeur ou des renseignements de nature biographique; (3) le contrôle du demandeur sur l'objet de la fouille.

Le contrôle n'est pas un indicateur absolu de l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, pas plus que l'absence de contrôle ne porte un coup fatal à la reconnaissance d'un intérêt en matière de vie privée. Il n'est qu'un facteur à prendre en considération parmi l'ensemble des circonstances. Il faut analyser le contrôle par rapport à l'objet de la fouille, en l'occurrence une conversation électronique. Les particuliers exercent un véritable contrôle sur l'information qu'ils envoient par message texte en décidant de la manière dont ils la divulguent ainsi que du moment où ils le font et à qui ils la divulguent. Une personne ne perd pas le contrôle de renseignements pour l'application de l'art. 8 de la *Charte* uniquement parce que quelqu'un d'autre les possède ou peut les consulter. Le risque qu'un destinataire divulgue une conversation électronique n'exclut pas non plus une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard de cette conversation. Ainsi, même lorsqu'une personne n'exerce qu'un contrôle partagé, et non un contrôle exclusif, sur ses renseignements personnels, elle peut malgré tout s'attendre raisonnablement à ce que ces renseignements soient à l'abri du regard scrutateur de l'État.

En l'espèce, M avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée en ce qui a trait aux messages textes récupérés à partir de l'iPhone de W. En premier lieu, l'objet de la prétendue fouille était la conversation électronique que M avait eue avec W, non l'iPhone de W à

a direct interest in that subject matter. He was a participant in that electronic conversation and the author of the particular text messages introduced as evidence against him. Third, he subjectively expected the conversation to remain private. M testified that he asked W numerous times to delete the text messages from his iPhone. Fourth, his subjective expectation was objectively reasonable. Each of the three factors relevant to objective reasonableness in this case support this conclusion. If the place of the search is viewed as a private electronic space accessible by only M and W, M's reasonable expectation of privacy is clear. If the place of the search is viewed as W's phone, this reduces, but does not negate, M's expectation of privacy. The mere fact of the electronic conversation between the two men tended to reveal personal information about M's lifestyle; namely, that he was engaged in a criminal enterprise. In addition, M exercised control over the informational content of the electronic conversation and the manner in which information was disclosed. The risk that W could have disclosed it, if he chose to, does not negate the reasonableness of M's expectation of privacy. Therefore, M has standing to challenge the search and the admission of the evidence of the text messages recovered from W's iPhone. This conclusion is not displaced by policy concerns. There is nothing in the record to suggest that the justice system cannot adapt to the challenges of recognizing that some electronic conversations may engage s. 8 of the *Charter*. Moreover, different facts may well lead to a different result.

The Crown concedes that if M had standing the search was unreasonable. The text messages are thus presumptively inadmissible against him, subject to s. 24(2) of the *Charter*. In considering whether this evidence should be excluded under s. 24(2), society's interest in the adjudication of M's case on its merits is significant. The text messages offer highly reliable and probative evidence in the prosecution of a serious offence and their exclusion would result in the absence of evidence by which M could be convicted. This favours admission. However, the police conduct in accessing and searching the electronic conversation through W's iPhone without a warrant two hours after his arrest was sufficiently serious to favour the exclusion of the evidence. This breached s. 8 of the *Charter* not

partir duquel les messages textes ont été récupérés. En deuxième lieu, M avait un intérêt direct dans l'objet de la fouille. Il était un des participants de cette conversation électronique et il était l'auteur des messages textes qui ont été déposés comme preuves contre lui. En troisième lieu, il s'attendait subjectivement à ce que la conversation demeure privée. M a témoigné avoir demandé maintes fois à W de supprimer les messages textes de son iPhone. En quatrième lieu, son attente subjective était objectivement raisonnable. Les trois facteurs pertinents quant au caractère objectivement raisonnable de l'attente en l'espèce militent tous en faveur de cette conclusion. Si l'on considère que le lieu de la fouille était un espace électronique privé auquel n'avaient accès que M et W, l'attente raisonnable de M au respect de sa vie privée est limpide. Si, en revanche, on considère que le lieu de la fouille était le téléphone de W, cela réduit, sans toutefois exclure, l'attente de M au respect de sa vie privée. La simple existence de la conversation électronique entre les deux hommes tendait à dévoiler des renseignements personnels sur le mode de vie de M, à savoir son implication dans une entreprise criminelle. En outre, M a exercé un contrôle sur le contenu informationnel de la conversation électronique et la manière dont les renseignements ont été divulgués. Le risque que W les ait divulgués, s'il avait décidé de le faire, ne rend pas déraisonnable l'attente de M au respect de sa vie privée. M a donc qualité pour contester la fouille ainsi que l'admission des éléments de preuve constitués des messages textes récupérés à partir de l'iPhone de W. Cette conclusion n'est pas écartée par des préoccupations d'ordre public. Rien dans le dossier ne laisse croire que le système de justice ne peut s'adapter aux difficultés engendrées par la reconnaissance de la possibilité que certaines conversations électroniques fassent intervenir l'art. 8 de la *Charte*. En outre, des faits différents pourraient fort bien aboutir à un résultat différent.

Si M avait qualité pour agir, la Couronne admet que la fouille était abusive. Les messages textes sont par conséquent présumés inadmissibles en preuve contre lui, sous réserve du par. 24(2) de la *Charte*. L'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond est important lorsque vient le temps de décider si ces éléments de preuve doivent être écartés en application du par. 24(2). Les messages textes recèlent des éléments de preuve très fiables et très probants lors de la poursuite d'une infraction grave et leur exclusion entraînerait l'absence de preuve permettant de conclure à la culpabilité de M. Cela milite en faveur de l'admission en preuve des messages, mais les actes commis par les policiers en prenant connaissance de la conversation électronique et en la cherchant par le biais

only because of the extent of the search, but also because of its timing. On the application judge's findings, this simply was not a search incident to arrest. In addition, the police conduct had a substantial impact on M's *Charter*-protected privacy interest in the electronic conversation. On balance, the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. It must therefore be excluded under s. 24(2).

Without the erroneously admitted evidence obtained from W's iPhone, M would have been acquitted. He was convicted instead. To allow that conviction to stand would be a miscarriage of justice. Therefore, the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* does not apply.

*Per Rowe J.:* The approach based on the totality of circumstances set out by the majority with respect to the existence of a reasonable expectation of privacy accords with the jurisprudence of the Court. The technological means by which we communicate continue to change. An approach based on the totality of circumstances responds to such change because the broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 of the *Charter* is meant to keep pace with technological development. Applying that approach to the facts of this case, M has standing to challenge the search. The modalities of texting inherently limited M in his capacity to exercise control over the record of his text message conversation with W. This alone should not be fatal to M's reasonable expectation of privacy. Although the concerns raised by the minority are shared, those concerns do not arise on the facts of this case.

*Per Moldaver and Côté JJ. (dissenting):* M did not have a reasonable expectation of personal privacy in his text message conversations with W and therefore, M lacked standing to challenge the search of W's phone under s. 8 of the *Charter*. Both legal and policy considerations lead to this conclusion. From a legal standpoint, the reasonableness of a person's expectation of privacy depends on the nature and strength of that person's connection to the subject matter of the search. This connection must be examined by looking at the totality of the circumstances in

de l'iPhone de W sans mandat deux heures après son arrestation étaient suffisamment graves pour privilégier l'exclusion des éléments de preuve. Ces actes violaient l'art. 8 de la *Charte* non seulement en raison de l'étendue de la fouille, mais aussi à cause du moment où elle a eu lieu. Il ressort des conclusions du juge des requêtes qu'il ne s'agissait tout simplement pas d'une fouille accessoire à une arrestation. De plus, la conduite des policiers a eu une grande incidence sur le droit de M au respect de sa vie privée reconnu par la *Charte* dans la conversation électronique. Tout bien considéré, l'admission en preuve des éléments en question déconsidérerait l'administration de la justice. Ils doivent par conséquent être exclus en application du par. 24(2).

Sans les éléments de preuve récupérés de l'iPhone de W qui ont été admis à tort en preuve, M aurait été acquitté au lieu d'être déclaré coupable. Confirmer cette déclaration de culpabilité constituerait une erreur judiciaire. La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne s'applique donc pas.

*Le juge Rowe :* L'approche reposant sur l'ensemble des circonstances qu'énonce la majorité quant à l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée est conforme à la jurisprudence de la Cour. Les moyens technologiques par lesquels nous communiquons continuent de changer. Une approche fondée sur l'ensemble des circonstances répond à ce changement parce que le droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte* doit évoluer au rythme des progrès technologiques. L'application de cette approche aux faits de l'espèce a pour résultat que M a qualité pour contester la fouille. Les modalités du textage limitaient de par leur nature même la capacité de M d'exercer un contrôle sur l'historique de la conversation qu'il avait eue par message texte avec W. Ce fait ne doit pas, à lui seul, être fatal à l'attente raisonnable de M au respect de sa vie privée. Bien que les préoccupations exprimées par la minorité soient partagées, elles ne se posent pas au vu des faits de l'espèce.

*Les juges Moldaver et Côté (dissidents) :* M n'avait pas d'attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l'égard des conversations qu'il avait par message texte avec W et, partant, il n'avait pas qualité pour contester la fouille du téléphone de W en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. Des considérations juridiques et de politique générale mènent à cette conclusion. Sur le plan juridique, le caractère raisonnable de l'attente d'une personne au respect de sa vie privée dépend de la nature et de la solidité du lien de cette personne avec l'objet de la

a particular case. Control over the subject matter of the search in the circumstances is a crucial factor in assessing an individual's personal connection to it.

Control does not need to be exclusive. While a lack of exclusive control may diminish the strength of a reasonable expectation of privacy, it does not necessarily eliminate it. However, recognizing a reasonable expectation of privacy in the face of a total absence of control is both unprecedented and antithetical to the notion of personal privacy. Therefore, a total absence of control is a compelling indicator that an expectation of personal privacy is unreasonable, and that the individual does not have standing to challenge the search.

In addition, control need not be direct. A reasonable expectation of privacy will likely arise where a claimant exercises personal control over the subject matter in issue, as in the case of one's home, possessions and body. However, under a functional approach, constructive control may suffice to ground a reasonable expectation of personal privacy in other contexts, including a legal, professional or commercial relationship.

In this case, the subject matter of the search is the text message conversations between M and W. Those conversations were accessed by police after they had been received on W's phone. The conversations were not intercepted by police during the transmission process, and they were not accessed on M's phone. These are important contextual distinctions that show that M had no control over the subject matter of the search in the circumstances of this case. Rather, W had exclusive control over the text message conversations on his phone. W was free to disclose them to anyone he wished, at any time and for any purpose. To conclude that M had a reasonable expectation of personal privacy in those conversations on W's phone despite his total lack of control over them severs the interconnected relationship between privacy and control that has long formed part of the Court's s. 8 jurisprudence. It is equally at odds with the fundamental principle that individuals can and will share information as they see fit in a free and democratic society.

fouille. Il faut examiner le lien en question en étudiant l'ensemble des circonstances dans un cas donné. Le contrôle sur l'objet de la fouille dans les circonstances est un facteur crucial quand il s'agit d'évaluer le lien personnel d'un individu avec cet objet.

Il n'est pas nécessaire que le contrôle soit exclusif. Bien que l'absence de contrôle exclusif puisse réduire la force de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, elle ne l'élimine pas nécessairement. Cependant, reconnaître l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée alors qu'il y a absence complète de contrôle est à la fois sans précédent et à l'opposé de la notion de vie privée personnelle. Par conséquent, l'absence de tout contrôle indique de manière convaincante qu'une attente en matière de respect de la vie privée personnelle est déraisonnable et que l'intéressé n'a pas qualité pour contester la fouille ou la perquisition.

En outre, il n'est pas nécessaire que le contrôle soit direct. Une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée prendra vraisemblablement naissance si le demandeur exerce un contrôle personnel sur l'objet en cause, comme on le fait à l'égard de sa maison, de ses biens et de son corps. Toutefois, selon l'approche fonctionnelle, l'exercice d'un contrôle imputé pourrait suffire à fonder une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée personnelle dans d'autres contextes, notamment une relation juridique, professionnelle ou commerciale.

En l'espèce, la fouille vise les conversations par message texte entre M et W. Les policiers ont pris connaissance de ces conversations après leur réception sur le téléphone de W. Les conversations n'ont pas été interceptées par la police durant leur transmission, ni n'ont été obtenues par le biais du téléphone de M. Ce sont d'importantes différences contextuelles qui démontrent que M n'exerçait aucun contrôle sur l'objet de la fouille dans les circonstances de l'espèce. En effet, W exerçait un contrôle exclusif sur les conversations par message texte dans son téléphone. W était libre de les divulguer à qui bon lui semblait, en tout temps et à toute fin. Conclure que M avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l'égard des conversations par message texte malgré son absence totale de contrôle sur celles-ci rompt l'interconnexion entre la vie privée et le contrôle qui fait depuis longtemps partie de la jurisprudence de la Cour sur l'art. 8. En outre, cette conclusion va à l'encontre de la proposition fondamentale suivant laquelle, dans une société libre et démocratique, les gens peuvent communiquer, et communiqueront, les renseignements qu'ils jugent à propos de communiquer.

The risks of state access and public access are not distinct for the purposes of the reasonable expectation of privacy test. If an expectation of personal privacy is unreasonable against the public, then it is also unreasonable against the state. If M assumed the risk of W allowing the public to access his text message conversations, then M assumed the risk of the police also accessing it.

The majority's approach to the reasonable expectation of privacy analysis in this case suffers from three notable shortcomings. First, it does not determine where the search actually occurred, despite maintaining that the strength of M's expectation of privacy will vary depending on the place of the search. Without knowing whether the place of the search is a metaphorical chat room or W's physical phone, courts have no way of knowing how to assess the strength of M's expectation of privacy. This uncertainty will have serious implications when courts must assess the impact of an unlawful search on a claimant's s. 8 right for the purposes of a s. 24(2) *Charter* analysis.

Second, although the majority purports to confine its finding of a reasonable expectation of privacy to the circumstances of this case, applying its framework leads to only two possible conclusions. Either all participants to text message conversations enjoy a reasonable expectation of privacy, or criminal justice stakeholders, including trial and appellate judges, are left to decipher on a case-by-case basis — without any guidance — whether a claimant has standing to challenge the search of an electronic conversation. To hold that everyone has a reasonable expectation of privacy in text message conversations when those conversations are on another person's phone effectively eradicates the principle of standing and renders it all but meaningless. As such, under the majority's all-encompassing approach to standing, even a sexual predator who lures a child into committing sexual acts and then threatens to kill the child if he or she tells anyone will retain a reasonable expectation of privacy in the text message conversations on the child's phone. It is hard to think of anything more unreasonable. In the alternative, it is highly unsatisfactory to leave criminal justice stakeholders to guess when and under what

Le risque que l'État prenne connaissance de renseignements et le risque que le public en prenne connaissance ne diffèrent pas pour l'application du critère de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Si une attente en matière de respect de la vie privée est déraisonnable par rapport au public, elle l'est aussi vis-à-vis de l'État. Si M a supporté le risque que W permette au public de consulter ses conversations par message texte, alors il a supporté le risque que les policiers les obtiennent eux aussi.

La manière dont la majorité conçoit l'analyse de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée en l'espèce souffre de trois lacunes importantes. Premièrement, la majorité n'établit pas où la fouille s'est effectivement déroulée même si elle soutient que la solidité de l'attente de M au respect de sa vie privée varie selon le lieu de la fouille. Ne sachant pas si le lieu de la fouille est un salon de cyberbavardage métaphorique ou le téléphone physique de W, les tribunaux n'ont aucun moyen de savoir comment évaluer la solidité de l'attente de M au respect de sa vie privée. Cette incertitude sera lourde de conséquences quand les tribunaux devront évaluer les répercussions d'une fouille illégale sur le droit garanti au demandeur par l'art. 8 pour les besoins de l'analyse relative au par. 24(2) de la *Charte*.

Deuxièmement, bien que la majorité prétende restreindre aux circonstances de l'espèce sa conclusion qu'il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, l'application de son cadre d'analyse ne mène qu'à deux conclusions possibles. Soit tous les participants à des conversations par message texte jouissent d'une attente raisonnable au respect de leur vie privée, soit les intervenants de la justice criminelle, notamment les juges de première instance et juges d'appel, en sont réduits à deviner au cas par cas — sans aucune indication — si le demandeur a qualité pour contester la recherche d'une conversation électronique. Conclure que tout le monde conserve une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des conversations par message texte enregistrées dans le téléphone d'une autre personne supprime dans les faits le principe de la qualité pour agir et le rend pour ainsi dire inutile. Par conséquent, d'après la manière très large dont la majorité aborde la qualité pour agir, même le prédateur sexuel qui induit un enfant à commettre des actes sexuels et qui menace ensuite de le tuer s'il parle à qui que ce soit conservera une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement aux

circumstances electronic messages will not attract a reasonable expectation of privacy.

Third, from a policy standpoint, granting M standing in these circumstances vastly expands the scope of persons who can bring a s. 8 challenge. The majority adopts an approach to s. 8 that has no ascertainable bounds and threatens a sweeping expansion of s. 8 standing. This carries with it a host of foreseeable consequences that will add to the complexity and length of criminal trial proceedings and place even greater strains on a criminal justice system that is already overburdened. Worse yet, expanding the scope of persons who can bring a s. 8 challenge risks disrupting the delicate balance that s. 8 strives to achieve between privacy and law enforcement interests, particularly in respect of offences that target the most vulnerable members of our society. Although these consequences are not determinative of the reasonableness of M's expectation of privacy, their cumulative effect weighs heavily in favour of denying him standing.

Denying M standing does not however grant the police immunity from s. 8 of the *Charter*. Where, as here, the police activity amounts to a search or seizure, it remains subject to s. 8 and a particular claimant's standing should not be mistaken as the exclusive means of enforcement. Another claimant may have standing to bring a s. 8 challenge against the search or seizure in his or her own criminal trial, or to bring a claim for *Charter* damages. Moreover, even where s. 8 standing is denied, ss. 7 and 11(d) of the *Charter* offer residual protection that can, in certain circumstances, provide a claimant with an alternative route to challenge the propriety of police conduct in the course of a search or seizure. This ensures that the effects of the standing requirement are not exploited by the police as a loophole in *Charter* protection.

This is not a case in which it is appropriate to exercise the residual discretion to exclude evidence under ss. 7 and

conversations par message texte sur le téléphone de l'enfant. Il est difficile d'imaginer quelque chose de plus déraisonnable. À titre subsidiaire, le fait que les intervenants de la justice criminelle en soient réduits à deviner quand et dans quelles circonstances les messages électroniques ne susciteront pas une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée est fort insatisfaisant.

Troisièmement, sur le plan de la politique générale, reconnaître à M la qualité pour agir dans les circonstances étend considérablement l'éventail des personnes habiles à présenter une contestation fondée sur l'art. 8. Les juges majoritaires abordent l'art. 8 d'une manière qui a des contours indéfinissables et risque d'élargir considérablement la qualité pour agir en vertu de l'art. 8. Cette approche comporte son lot de conséquences prévisibles qui compliqueront et prolongeront les procès criminels, en plus d'exercer des pressions encore plus fortes sur un système de justice pénale déjà surchargé. Pire encore, étendre l'éventail des personnes habiles à présenter une contestation fondée sur l'art. 8 risque de perturber l'équilibre délicat que cet article vise à atteindre entre le droit au respect de la vie privée et l'intérêt à appliquer la loi, surtout dans le cas des infractions ciblant les membres les plus vulnérables de notre société. Bien que ces conséquences ne soient pas déterminantes quant au caractère raisonnable de l'attente de M au respect de sa vie privée, leur effet cumulatif milite fortement en faveur du refus de lui accorder la qualité pour agir.

Le fait de refuser à M la qualité pour agir ne met toutefois pas la police à l'abri de l'art. 8 de la *Charte*. Lorsque, comme en l'espèce, l'activité policière constitue une fouille, une perquisition ou une saisie, elle demeure assujettie à l'art. 8 et la qualité pour agir d'un demandeur en particulier ne doit pas être prise pour l'unique moyen de faire respecter les droits. Un autre demandeur pourrait avoir qualité pour présenter une contestation fondée sur l'art. 8 à l'encontre d'une fouille, perquisition ou saisie dans son propre procès criminel, ou pour présenter une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. De plus, même lorsque la qualité pour présenter une contestation fondée sur l'art. 8 est refusée, l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* offrent une protection résiduelle qui peut, dans certaines circonstances, permettre à un demandeur d'emprunter une autre voie pour contester le bien-fondé de la conduite policière au cours d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. Cela permet d'éviter que les policiers se servent des répercussions de l'exigence de la qualité pour agir comme d'une faille dans la protection accordée par la *Charte*.

Il ne s'agit pas d'un cas où il convient d'exercer le pouvoir discrétionnaire résiduel d'écarter des éléments de



11(d) of the *Charter*. The application judge found that the searches of the text message conversations stored on the phones of M and W both infringed s. 8 of the *Charter*. As neither claimant had standing to challenge the search of the other's phone, evidence of those text message conversations was admissible against both M and W. It has not been suggested that the police conduct giving rise to it was a product of design. Nor do the application judge's findings indicate that the police engaged in deliberate *Charter* evasion or serious misconduct in the course of either search. In these circumstances, there is no basis to conclude that the fairness of M's trial was tainted by the admission of the record of the conversations obtained in the search of W's phone.

### Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Applied:** *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; **dis-tinguished:** *R. v. C. (W.B.)* (2000), 142 C.C.C. (3d) 490, aff'd 2001 SCC 17, [2001] 1 S.C.R. 530; **referred to:** *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *R. v. Jones*, 2017 SCC 60, [2017] 2 S.C.R. 696; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Paterson*, 2017 SCC 15, [2017] 1 S.C.R. 202; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Wildman*, [1984] 2 S.C.R. 311; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *R. v. James*, 2011 ONCA 839, 283 C.C.C. (3d) 212.

By Rowe J.

**Referred to:** *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R.

preuve que confèrent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Le juge des requêtes a conclu que les recherches des conversations par message texte conservées dans les téléphones de M et de W violaient toutes les deux l'art. 8 de la *Charte*. Comme aucun des demandeurs n'avait qualité pour contester la fouille du téléphone de l'autre, la preuve de ces conversations par message texte était recevable à la fois contre M et W. Personne n'a laissé entendre que la conduite des policiers y ayant donné lieu a été le fruit d'un plan. Pas plus que les conclusions du juge des requêtes n'indiquent que les policiers se sont livrés à une tentative délibérée de se soustraire à l'application de la *Charte* ou ont fait preuve d'une inconduite grave au cours de l'une ou l'autre des fouilles. Dans ces circonstances, rien ne permet de conclure que l'équité du procès de M a été entachée par l'admission en preuve du relevé reproduisant des conversations obtenu lors de la fouille du téléphone de W.

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêts appliqués :** *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. C. (W.B.)* (2000), 142 C.C.C. (3d) 490, conf. par 2001 CSC 17, [2001] 1 R.C.S. 530; **arrêts mentionnés :** *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *R. c. Jones*, 2017 CSC 60, [2017] 2 R.C.S. 696; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Paterson*, 2017 CSC 15, [2017] 1 R.C.S. 202; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Wildman*, [1984] 2 R.C.S. 311; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *R. c. James*, 2011 ONCA 839, 283 C.C.C. (3d) 212.

Citée par le juge Rowe

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3

34; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657.

By Moldaver J. (dissenting)

*R. v. Jones*, 2017 SCC 60, [2017] 2 S.C.R. 696; *R. v. Belnavis* (1996), 29 O.R. (3d) 321, aff'd [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3; *R. v. Pugliese* (1992), 8 O.R. (3d) 259; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Sandhu* (1993), 82 C.C.C. (3d) 236; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Shayesteh* (1996), 31 O.R. (3d) 161; *R. v. Rendon* (1999), 140 C.C.C. (3d) 12; *R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227; *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *R. v. Rogers Communications Partnership*, 2016 ONSC 70, 128 O.R. (3d) 692; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Sandhu*, 2014 BCSC 303; *R. v. Lowrey*, 2016 ABPC 131, 357 C.R.R. (2d) 76; *R. v. Craig*, 2016 BCCA 154, 335 C.C.C. (3d) 28; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649; *R. v. Reeves*, 2017 ONCA 365, 350 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Wills* (1992), 7 O.R. (3d) 337; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; *R. v. McBride*, 2016 BCSC 1059; *R. v. D.A.I.*, 2012 SCC 5, [2012] 1 S.C.R. 149; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 8, 11(d), 24(1), (2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, Part VI, ss. 183 “private communication”, 184.1, 184.4, 278.1 to 278.91, 686(1)(b)(iii).

R.C.S. 34; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657.

Citée par le juge Moldaver (dissident)

*R. c. Jones*, 2017 CSC 60, [2017] 2 R.C.S. 696; *R. c. Belnavis* (1996), 29 O.R. (3d) 321, conf. par [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3; *R. c. Pugliese* (1992), 8 O.R. (3d) 259; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Sandhu* (1993), 82 C.C.C. (3d) 236; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Shayesteh* (1996), 31 O.R. (3d) 161; *R. c. Rendon*, 1999 CanLII 9511; *R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227; *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *R. c. Rogers Communications Partnership*, 2016 ONSC 70, 128 O.R. (3d) 692; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Sandhu*, 2014 BCSC 303; *R. c. Lowrey*, 2016 ABPC 131, 357 C.R.R. (2d) 76; *R. c. Craig*, 2016 BCCA 154, 335 C.C.C. (3d) 28; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649; *R. c. Reeves*, 2017 ONCA 365, 350 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Wills* (1992), 7 O.R. (3d) 337; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. McBride*, 2016 BCSC 1059; *R. c. D.A.I.*, 2012 CSC 5, [2012] 1 R.C.S. 149; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 8, 11(d), 24(1), (2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, partie VI, art. 183 « communication privée », 184.1, 184.4, 278.1 à 278.91, 686(1)(b)(iii).

*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5.

#### Authors Cited

Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. *Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure*, vol. 2. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated June 2017, release 50).  
 McLuhan, Marshall. *Understanding Media: The Extensions of Man*. New York: McGraw-Hill, 1964.  
 Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, MacFarland and LaForme J.J.A.), 2016 ONCA 542, 131 O.R. (3d) 561, 359 C.R.R. (2d) 70, 338 C.C.C. (3d) 269, 30 C.R. (7th) 263, 352 O.A.C. 68, [2016] O.J. No. 3738 (QL), 2016 CarswellOnt 10861 (WL Can.), affirming the accused's convictions for firearms offences and the pre-trial application ruling. Appeal allowed, Moldaver and Côté JJ. dissenting.

*Mark J. Sandler and Wayne Cunningham*, for the appellant.

*Randy Schwartz and Andrew Hotke*, for the respondent.

*Nicholas E. Devlin and Jennifer Conroy*, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

Written submissions only by *Daniel M. Scanlan*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Maureen McGuire*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Jill R. Presser and David A. Fewer*, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

*Susan M. Chapman, Naomi Greckol-Herlich and Bianca Bell*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5.

#### Doctrine et autres documents cités

Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. *Wiretapping and Other Electronic Surveillance : Law and Procedure*, vol. 2, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated June 2017, release 50).  
 McLuhan, Marshall. *Understanding Media : The Extensions of Man*, New York, McGraw-Hill, 1964.  
 Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, MacFarland et LaForme), 2016 ONCA 542, 131 O.R. (3d) 561, 359 C.R.R. (2d) 70, 338 C.C.C. (3d) 269, 30 C.R. (7th) 263, 352 O.A.C. 68, [2016] O.J. No. 3738 (QL), 2016 CarswellOnt 10861 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé pour des infractions liées aux armes à feu et la décision sur requête préalable au procès. Pourvoi accueilli, les juges Moldaver et Côté sont dissidents.

*Mark J. Sandler et Wayne Cunningham*, pour l'appelant.

*Randy Schwartz et Andrew Hotke*, pour l'intimée.

*Nicholas E. Devlin et Jennifer Conroy*, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales.

Argumentation écrite seulement par *Daniel M. Scanlan*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Maureen McGuire*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Jill R. Presser et David A. Fewer*, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

*Susan M. Chapman, Naomi Greckol-Herlich et Bianca Bell*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*Gerald Chan*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Christine Lonsdale* and *Charlotte-Anne Malischewski*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis and Gascon was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

### I. Introduction

[1] Can Canadians ever reasonably expect the text messages they send to remain private, even after the messages have reached their destination? Or is the state free, regardless of the circumstances, to access text messages from a recipient's device without a warrant? The question in this appeal is whether the guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* can ever apply to such messages.

[2] The appellant, Nour Marakah, sent text messages regarding illegal transactions in firearms. The police obtained warrants to search his home and that of his accomplice, Andrew Winchester. They seized Mr. Marakah's BlackBerry and Mr. Winchester's iPhone, searched both devices, and found incriminating text messages. They charged Mr. Marakah and sought to use the text messages as evidence against him. At trial, Mr. Marakah argued that the messages should not be admitted against him because they were obtained in violation of his s. 8 right against unreasonable search and seizure: see trial reasons, reproduced in R.R., at pp. 1-26.

[3] The application judge held that the warrant for Mr. Marakah's residence was invalid and that the text messages recovered from his BlackBerry could not be used against him, but that Mr. Marakah had

*Gerald Chan*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

*Christine Lonsdale* et *Charlotte-Anne Malischewski*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Karakatsanis et Gascon rendu par

LA JUGE EN CHEF —

### I. Introduction

[1] Les Canadiens peuvent-ils raisonnablement s'attendre à ce que les messages textes qu'ils envoient demeurent privés, même après qu'ils soient parvenus à destination? Ou l'État peut-il librement, quelles que soient les circonstances, prendre connaissance sans mandat des messages textes se trouvant dans l'appareil du destinataire? Le présent pourvoi soulève la question de savoir si la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garantie à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* peut s'appliquer à ces messages.

[2] L'appelant, Nour Marakah, a envoyé des messages textes à propos d'opérations illégales impliquant des armes à feu. Les policiers ont obtenu des mandats pour perquisitionner chez lui et chez son complice, Andrew Winchester. Ils ont saisi le BlackBerry de M. Marakah et l'iPhone de M. Winchester, fouillé les deux appareils et découvert des messages textes incriminants. Ils ont porté des accusations contre M. Marakah et tenté de se servir des messages textes comme preuves contre lui. Au procès, M. Marakah a soutenu que les messages ne devraient pas être admis en preuve contre lui parce qu'ils ont été obtenus en violation du droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives que lui garantit l'art. 8 (voir les motifs de première instance, reproduits dans le d.i., p. 1-26).

[3] Le juge des requêtes a statué que le mandat de perquisition exécuté au domicile de M. Marakah était invalide et que les messages textes récupérés à partir de son BlackBerry ne pouvaient être utilisés

no standing to argue that the text messages recovered from Mr. Winchester's iPhone should not be admitted against him: application judge's reasons, reproduced in A.R., at pp. 1-27. He admitted the text messages and convicted Mr. Marakah of multiple firearms offences. The majority of the Court of Appeal for Ontario, LaForme J.A. dissenting, agreed that Mr. Marakah could have no expectation of privacy in the text messages recovered from Mr. Winchester's iPhone, and hence did not have standing to argue against their admissibility: 2016 ONCA 542, 131 O.R. (3d) 561.

[4] I conclude that, depending on the totality of the circumstances, text messages that have been sent and received may in some cases be protected under s. 8 and that, in this case, Mr. Marakah had standing to argue that the text messages at issue enjoy s. 8 protection.

[5] The conclusion that a text message conversation *can*, in some circumstances, attract a reasonable expectation of privacy does not lead inexorably to the conclusion that an exchange of electronic messages *will always* attract a reasonable expectation of privacy (see Moldaver J.'s reasons, at paras. 100 and 167-68); whether a reasonable expectation of privacy in such a conversation is present in any particular case must be assessed on those facts by the trial judge.

[6] In this case, Mr. Marakah subjectively believed his text messages to be private, even after Mr. Winchester received them. This expectation was objectively reasonable. I therefore conclude that Mr. Marakah has standing to challenge the use of the text messages against him on the grounds that the search violated s. 8 of the *Charter*.

[7] Ordinarily, standing established, it would be for the trial judge to determine whether the text messages in fact enjoyed s. 8 protection in all of the circumstances of the case. However, the Crown concedes that, if Mr. Marakah has standing, the search

contre lui, mais que M. Marakah n'avait pas qualité pour faire valoir que les messages textes récupérés de l'iPhone de M. Winchester ne devraient pas être admis en preuve contre lui (motifs du juge des requêtes, reproduits dans le d.a., p. 1-27). Il a admis en preuve les messages textes et déclaré M. Marakah coupable de multiples infractions liées aux armes à feu. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge LaForme étant dissident, ont convenu que M. Marakah ne pouvait pas s'attendre au respect de sa vie privée à l'égard des messages textes récupérés à partir de l'iPhone de M. Winchester et, partant, qu'il n'avait pas qualité pour s'opposer à leur admissibilité en preuve (2016 ONCA 542, 131 O.R. (3d) 561).

[4] Je conclus que, suivant l'ensemble des circonstances, certains messages textes envoyés et reçus peuvent être protégés par l'art. 8 et qu'en l'espèce, M. Marakah avait qualité pour plaider que les messages textes en cause bénéficient de la protection de cette disposition.

[5] Conclure qu'une conversation par message texte *peut*, dans certains cas, susciter une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée ne conduit pas forcément à la conclusion selon laquelle un échange de messages électroniques fait *toujours* naître une telle attente (voir les motifs du juge Moldaver, par. 100 et 167-168); le juge du procès doit décider en fonction des faits s'il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard de pareille conversation dans un cas donné.

[6] Dans le cas qui nous occupe, M. Marakah croyait subjectivement que ses messages textes étaient privés, même après leur réception par M. Winchester. Son attente était objectivement raisonnable. Je conclus donc que M. Marakah a qualité pour contester l'utilisation contre lui des messages textes en question au motif que la fouille violait l'art. 8 de la *Charte*.

[7] Habituellement, une fois la qualité pour agir établie, il appartiendrait au juge du procès de décider si les messages textes bénéficiaient en fait de la protection de l'art. 8 compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire. Or, la Couronne admet que,

was unreasonable and violated Mr. Marakah’s right under s. 8 of the *Charter*. The remaining question is whether the evidence of the conversation should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*. I conclude that it should have been. This principled approach conforms to the jurisprudence, and should not be undermined by impassioned hypotheses. I would therefore allow the appeal, set aside the convictions and acquit Mr. Marakah.

## II. Analysis

### A. *When Does Section 8 Protection Apply?*

[8] The issue is whether the courts below erred in holding that an accused can never claim s. 8 protection for text messages accessed through a recipient’s phone because the sender has no privacy interest in the messages if they are not contained within his or her own device. The question is whether Mr. Marakah could have had a reasonable expectation of privacy in those messages.

[9] Section 8 of the *Charter* provides that

[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

[10] Section 8 applies “where a person has a reasonable privacy interest in the object or subject matter of the state action and the information to which it gives access”: *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 34; see also *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 16; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 18. To claim s. 8 protection, a claimant must first establish a reasonable expectation of privacy in the subject matter of the search, i.e., that the person subjectively expected it would be private and that this expectation was objectively reasonable: *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45; see also *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), at p. 361, per Harlan J., concurring. Whether the claimant had

si M. Marakah a qualité pour agir, la fouille était abusive et violait le droit garanti à M. Marakah par l’art. 8 de la *Charte*. Il reste à juger si les éléments de preuve relatifs à la conversation auraient dû être exclus par application du par. 24(2) de la *Charte*. Je conclus qu’ils auraient dû l’être. Cette démarche raisonnée est conforme à la jurisprudence et ne doit pas être contrecarrée par des hypothèses passionnées. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler les déclarations de culpabilité et d’acquitter M. Marakah.

## II. Analyse

### A. *Dans quels cas la protection de l’art. 8 s’applique-t-elle?*

[8] Il s’agit de savoir si les juridictions inférieures ont commis une erreur en statuant que l’accusé ne peut jamais se réclamer de la protection de l’art. 8 pour les messages textes obtenus au moyen du téléphone d’un destinataire parce que l’expéditeur n’a aucun droit au respect de sa vie privée à l’égard des messages qui ne se trouvent pas dans son propre appareil. La question consiste à savoir si M. Marakah aurait pu avoir une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement à ces messages.

[9] L’article 8 de la *Charte* dispose :

Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

[10] L’article 8 s’applique « lorsqu’une personne a des attentes raisonnables en matière de vie privée relativement à l’objet de l’action de l’État et aux renseignements auxquels cet objet donne accès » (*R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 34; voir également *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 16; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 18). Pour se réclamer de la protection de l’art. 8, le demandeur doit d’abord démontrer qu’il pouvait raisonnablement compter sur le respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la fouille ou de la perquisition, en d’autres termes, qu’il s’attendait subjectivement à ce que l’objet de la fouille soit privé et que cette attente était objectivement raisonnable (*R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45; voir aussi *Hunter c. Southam Inc.*,

a reasonable expectation of privacy must be assessed in “the totality of the circumstances”: *Edwards*, at paras. 31 and 45; see also *Spencer*, at paras. 16-18; *Cole*, at para. 39; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 26; *Tessling*, at para. 19. This approach applies to determining whether there is a reasonable expectation of privacy in a given text message conversation.

[11] In considering the totality of the circumstances, four “lines of inquiry” (*Cole*, at para. 40) guide the court’s analysis:

1. What was the subject matter of the alleged search?
2. Did the claimant have a direct interest in the subject matter?
3. Did the claimant have a subjective expectation of privacy in the subject matter?
4. If so, was the claimant’s subjective expectation of privacy objectively reasonable?

(See also *Spencer*, at para. 18; *Patrick*, at para. 27; *Tessling*, at para. 32.)

[12] Only if the answer to the fourth question is “yes” — that is, if the claimant’s subjective expectation of privacy was objectively reasonable — will the claimant have standing to assert his s. 8 right. If the court so concludes, the claimant may argue that the state action in question was unreasonable. If, however, the court determines that the claimant did not have a reasonable expectation of privacy in the subject matter of the alleged search, then the state action cannot have violated the claimant’s s. 8 right. He will not have standing to challenge its constitutionality.

[1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160; *Katz c. United States*, 389 U.S. 347 (1967), p. 361, motifs concordants du juge Harlan). Le caractère raisonnable de l’attente d’une personne au respect de sa vie privée dépend de « l’ensemble des circonstances » (*Edwards*, par. 31 and 45; voir également *Spencer*, par. 16-18; *Cole*, par. 39; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 26; *Tessling*, par. 19). C’est la méthode à employer pour décider s’il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l’égard d’une conversation par message texte.

[11] Pour le guider dans son examen de l’ensemble des circonstances, le tribunal peut s’inspirer des quatre questions suivantes (*Cole*, par. 40) :

1. Quel était l’objet de la prétendue fouille?
2. Le demandeur avait-il un intérêt direct dans l’objet de la fouille?
3. Le demandeur avait-il une attente subjective au respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la fouille?
4. Dans l’affirmative, cette attente subjective du demandeur au respect de sa vie privée était-elle objectivement raisonnable?

(Voir également *Spencer*, par. 18; *Patrick*, par. 27; *Tessling*, par. 32.)

[12] Ce n’est que si la réponse à la quatrième question est affirmative — c’est-à-dire si l’attente subjective du demandeur au respect de sa vie privée était objectivement raisonnable — que le tribunal reconnaît au demandeur la qualité pour faire valoir son droit garanti à l’art. 8. Si le tribunal lui donne raison, le demandeur peut soutenir que l’action de l’État était abusive. Si, par contre, le tribunal conclut que le demandeur n’avait pas d’attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement à l’objet de la prétendue fouille, l’action de l’État ne peut avoir porté atteinte au droit garanti par l’art. 8 au demandeur. Il n’a alors pas qualité pour contester sa constitutionnalité.

B. *Did Mr. Marakah Have a Reasonable Expectation of Privacy in the Text Messages?*

[13] I conclude that the four lines of inquiry referred to above establish that Mr. Marakah had a reasonable expectation of privacy in the text messages recovered from Mr. Winchester’s iPhone. The subject matter of the alleged search was the electronic conversation between Mr. Marakah and Mr. Winchester. Mr. Marakah had a direct interest in that subject matter. He subjectively expected it to remain private. That expectation was objectively reasonable. He therefore has standing to challenge the search.

(1) What Was the Subject Matter of the Search?

[14] The first step in the analysis is to identify the subject matter of the search: see *Spencer*, at para. 18; *Cole*, at para. 40; *Patrick*, at para. 27; *Tessling*, at para. 32. How the subject matter is defined may affect whether the applicant has a reasonable expectation of privacy. Care must therefore be taken in defining the subject matter of a search, particularly where the search is of electronic data: see *Spencer*, at para. 23.

[15] The subject matter of a search must be defined functionally, not in terms of physical acts, physical space, or modalities of transmission. As Doherty J.A. stated in *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321, at para. 65, a court identifying the subject matter of a search must not do so “narrowly in terms of the physical acts involved or the physical space invaded, but rather by reference to the nature of the privacy interests potentially compromised by the state action”. In *Spencer*, at para. 26, Cromwell J. endorsed these words and added that courts should take “a broad and functional approach to the question, examining the connection between the police investigative technique and the privacy interest at stake” and should look at “not only the nature of the precise information sought, but also at the nature of the information

B. *M. Marakah avait-il une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard des messages textes?*

[13] À mon avis, les quatre questions susmentionnées établissent que M. Marakah avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée en ce qui a trait aux messages textes récupérés à partir de l’iPhone de M. Winchester. L’objet de la prétendue fouille était la conversation électronique que M. Marakah avait eue avec M. Winchester. M. Marakah avait un intérêt direct dans l’objet de la fouille. Il s’attendait subjectivement à ce que cette conversation électronique demeure privée. Comme cette attente était objectivement raisonnable, il a qualité pour contester la fouille.

(1) Quel était l’objet de la fouille?

[14] La première étape de l’analyse consiste à identifier l’objet de la fouille (voir *Spencer*, par. 18; *Cole*, par. 40; *Patrick*, par. 27; *Tessling*, par. 32). La façon dont on définit l’objet de la fouille ou de la perquisition contestée peut avoir une incidence sur la question de savoir si le demandeur avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée. Il faut faire preuve de prudence lorsqu’on définit l’objet d’une fouille, surtout lorsque celle-ci porte sur des données électroniques (voir *Spencer*, par. 23).

[15] L’objet de la fouille doit être défini de manière fonctionnelle et non en fonction d’actes matériels, de l’emplacement physique ou des modalités de la transmission. Ainsi que le juge Doherty l’a expliqué dans l’arrêt *R. c. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321, par. 65, lorsqu’il est appelé à préciser l’objet de la fouille ou de la perquisition contestée, le tribunal ne doit pas adopter une approche [TRADUCTION] « restrictive portant sur les actes commis ou l’espace envahi, mais doit plutôt adopter une approche qui tient compte de la nature des droits en matière de vie privée auxquels l’action de l’État pourrait porter atteinte ». Dans l’arrêt *Spencer*, par. 26, le juge Cromwell a repris ces propos à son compte, ajoutant que les tribunaux devaient adopter « une approche large et fonctionnelle, en examinant



that it reveals”. The court’s task, as Doherty J.A. put it in *Ward*, is to determine “what the police were really after” (para. 67).

[16] One option can be eliminated at the outset. The subject matter of the search at issue was not Mr. Winchester’s iPhone, from which the text messages in this case were recovered. Neither the iPhone itself nor its contents generally is what the police were really after. The subject matter must, therefore, be defined more precisely.

[17] Correctly characterized, the subject matter of the search was Mr. Marakah’s “electronic conversation” with Mr. Winchester: see *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3, at para. 5, per Abella J. To describe text messages as part of an electronic conversation is to take a holistic view of the subject matter of the search. This properly avoids a mechanical approach that defines the subject matter in terms of physical acts, spaces, or modalities of transmission: see *Spencer*, at paras. 26 and 31. It also reflects the technological reality of text messaging.

[18] “Text messaging” refers to the electronic communications medium technically known as Short Message Service (“SMS”). SMS uses standardized communication protocols and mobile telephone service networks to transmit short text messages from one mobile phone to another: *TELUS*, at para. 111, per Cromwell J., dissenting but not on this point. Colloquially, however, “text messaging” (or the verb “to text”) can also describe various other person-to-person electronic communications tools, such as Apple iMessage, Google Hangouts, and BlackBerry Messenger. These means of nearly instant communication are both technologically distinct from and functionally equivalent to SMS. Different service

le lien entre la technique d’enquête utilisée par la police et l’intérêt en matière de vie privée qui est en jeu » et que les tribunaux devaient examiner « non seulement la nature des renseignements précis recherchés, mais aussi la nature des renseignements qui sont ainsi révélés ». Pour reprendre la formule employée par le juge Doherty dans *Ward*, la mission du tribunal consiste à déterminer « ce que la police recherchait vraiment » (par. 67).

[16] Il y a une option que l’on peut écarter d’entrée de jeu. L’objet de la fouille en litige n’était pas l’iPhone de M. Winchester à partir duquel les messages textes ont été récupérés en l’espèce. Les policiers n’étaient pas à la recherche de l’iPhone lui-même ou de son contenu en général. Il faut donc définir plus précisément l’objet de la fouille.

[17] Qualifié correctement, l’objet de la fouille est la « conversation électronique » que M. Marakah a eue avec M. Winchester (voir *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3, par. 5, la juge Abella). Lorsqu’on qualifie des messages textes d’éléments d’une conversation électronique, on conçoit d’un point de vue holistique l’objet de la fouille. On se garde ainsi à juste titre de toute approche mécanique qui définirait l’objet en fonction d’actes matériels, de lieux physiques ou de modalités de transmission (voir *Spencer*, par. 26 et 31). On tient également compte de la réalité technologique de la messagerie texte.

[18] La « messagerie texte » s’entend du moyen de communication électronique connu techniquement sous le sigle « SMS » (de l’anglais « Short Message Service » [« service de messages courts »]). La messagerie texte utilise des protocoles de communication normalisés et des réseaux de téléphonie mobile pour la transmission de courts messages textes entre téléphones cellulaires (*TELUS*, par. 111, le juge Cromwell, dissident, mais non sur ce point). Plus familièrement toutefois, le terme « texto » et le verbe « texter » désignent eux aussi les divers autres moyens que peuvent utiliser deux personnes pour communiquer entre elles par voie électronique, notamment par Apple iMessage, Google Hangouts

providers also handle SMS messages differently. The data that constitute individual SMS or other text messages may exist in different places at different times. They may be transmitted, stored, and accessed in different ways. But the interconnected system in which they all participate functions to permit rapid communication of short messages between individuals. In these reasons, I use “text messages” to refer to the broader category of electronic communications media, and “SMS” or “SMS messages” to refer to that medium specifically.

[19] When a text message is searched, it is not the copy of the message stored on the sender’s device, the copy stored on a service provider’s server, or the copy in the recipient’s “inbox” that the police are really after; it is the electronic conversation between two or more people that law enforcement seeks to access. Where data are physically or electronically located varies from phone to phone, from service provider to service provider, or, with text messaging more broadly, from technology to technology. The s. 8 analysis must be robust to these distinctions, in harmony with the need to take a broad, purposive approach to privacy protection under s. 8 of the *Charter*: *Spencer*, at para. 15; *Hunter*, at pp. 156-57. If “the broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 is meant to keep pace with technological development” (*R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 44), then courts must recognize that SMS technology, in which messages may be said to be “sent”, “received”, and “transmitted” between devices, is just one means of text messaging among many and is, from the point of view of the user, functionally identical to numerous others. As Abella J. stated in *TELUS*, at para. 5, “[t]echnical differences inherent in new technology should not determine the scope of protection afforded to private

et BlackBerry Messenger. Ces moyens de communication quasi instantanée sont distincts sur le plan technologique de la messagerie texte tout en étant l’équivalent sur le plan fonctionnel. Par ailleurs, tous les fournisseurs de services ne traitent pas les messages textes de la même façon. Les données qui constituent des SMS individuels ou d’autres formes de messages textes peuvent exister à divers endroits et à divers moments. Ces données peuvent être transmises, stockées et récupérées de diverses manières. Mais le réseau interconnecté auquel elles sont toutes intégrées permet la transmission rapide de courts messages entre des personnes. Dans les présents motifs, j’emploie l’expression « messages textes » pour désigner la catégorie générale des moyens de communication électronique, et les termes « SMS » ou « messages SMS » pour désigner plus particulièrement ce moyen de communication.

[19] Lorsqu’un message texte est visé par une fouille, les policiers ne sont à la recherche ni de la copie du message stocké à l’intérieur de l’appareil de l’expéditeur, ni de la copie stockée sur le serveur du fournisseur de services, ni de celle se trouvant dans la « boîte de réception » du destinataire; ce que les policiers recherchent, c’est la conversation électronique qui a eu lieu entre deux ou plusieurs personnes. L’endroit où se trouvent physiquement ou électroniquement des données varie d’un téléphone à l’autre, d’un fournisseur de services à l’autre et, plus généralement, dans le cas de la messagerie texte, d’une technologie à l’autre. L’analyse fondée sur l’art. 8 doit tenir pleinement compte de ces distinctions et être effectuée conformément à la nécessité de donner à la protection de la vie privée une interprétation large et téléologique en application de l’art. 8 de la *Charte* (*Spencer*, par. 15; *Hunter*, p. 156-157). Si « le droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l’art. 8 doit évoluer au rythme du progrès technologique » (*R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 44), les tribunaux doivent reconnaître que la technologie SMS, par le truchement de laquelle on peut dire que des messages sont « envoyés », « reçus » et « transmis » entre des appareils, n’est qu’une des modalités

communications”. The subject matter of the search is the conversation, not its components.

[20] I conclude, and Moldaver J. agrees, that for the purpose of determining whether s. 8 is capable of protecting SMS or other text messages, the subject matter of the search is the electronic conversation between the sender and the recipient(s). This includes the existence of the conversation, the identities of the participants, the information shared, and any inferences about associations and activities that can be drawn from that information: see *Spencer*, at paras. 26-31; see also *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211, at para. 38, per Deschamps J., at para. 81, per Abella J., and at para. 119, per McLachlin C.J. and Fish J.; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, at paras. 174-75, per Deschamps J., and at para. 227, per Bastarache J.; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569, at para. 67, per Binnie J. So it was here.

(2) Did Mr. Marakah Have a Direct Interest in the Subject Matter?

[21] Mr. Marakah had a direct interest in the information contained in the electronic conversation that was the subject matter of the search: see *Spencer*, at para. 50; *Patrick*, at para. 31. He was a participant in that electronic conversation and the author of the particular text messages introduced as evidence against him.

(3) Did Mr. Marakah Have a Subjective Expectation of Privacy in the Subject Matter?

[22] The claimant must have had a subjective expectation of privacy in the subject matter of the alleged search for s. 8 to be engaged. As Binnie J. acknowledged in *Patrick*, at para. 37, the requirement that the claimant establish a subjective expectation of

de la messagerie texte parmi d’autres et qu’elle est, du point de vue de l’utilisateur, identique sur le plan fonctionnel à bien d’autres. Ainsi que la juge Abella l’explique dans l’arrêt *TELUS*, par. 5, « [l]es différences techniques intrinsèques des nouvelles technologies ne devraient pas déterminer l’étendue de la protection accordée aux communications privées ». L’objet de la fouille est la conversation elle-même et non ses composantes.

[20] Je conclus, ce dont convient le juge Moldaver, que, lorsqu’il s’agit de juger si l’art. 8 peut protéger les messages SMS ou d’autres messages textes, l’objet de la fouille est la conversation électronique entre l’expéditeur et le ou les destinataires. Cette protection englobe l’existence de la conversation, l’identité des participants, les renseignements échangés, ainsi que toute inférence que l’on peut tirer de ces renseignements quant aux fréquentations et aux activités des participants (voir *Spencer*, par. 26-31; voir également *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211, par. 38, la juge Deschamps, par. 81, la juge Abella, et par. 119, la juge en chef McLachlin et le juge Fish; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, par. 174-175, la juge Deschamps, et par. 227, le juge Bastarache; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569, par. 67, le juge Binnie). C’était bien le cas en l’espèce.

(2) M. Marakah avait-il un intérêt direct dans l’objet de la fouille?

[21] M. Marakah avait un intérêt direct à l’égard des renseignements contenus dans la conversation électronique visée par la fouille (voir *Spencer*, par. 50; *Patrick*, par. 31). Il était un des participants de cette conversation électronique et il était l’auteur des messages textes qui ont été déposés comme preuves contre lui.

(3) M. Marakah avait-il une attente subjective au respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la fouille?

[22] Le demandeur doit avoir eu une attente subjective au respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la prétendue fouille pour que l’art. 8 entre en jeu. Ainsi que le juge Binnie l’a reconnu dans l’arrêt *Patrick*, par. 37, le critère de l’attente subjective

privacy is not “a high hurdle”: see also *R. v. Jones*, 2017 SCC 60, [2017] 2 S.C.R. 696, at para. 20, per Côté J.

[23] Whether Mr. Marakah had a subjective expectation of privacy in the contents of his electronic conversation with Mr. Winchester has never been in serious dispute. Mr. Marakah’s evidence was that he expected Mr. Winchester to keep the contents of their electronic conversation private: see application judge’s reasons, at para. 91. He testified that he asked Mr. Winchester numerous times to delete the text messages from his iPhone (*ibid.*). I conclude that Mr. Marakah subjectively expected that the contents of his electronic conversation with Mr. Winchester would remain private.

(4) Was Mr. Marakah’s Subjective Expectation of Privacy Objectively Reasonable?

[24] The claimant’s subjective expectation of privacy in the subject matter of the alleged search must have been objectively reasonable in order to engage s. 8. Over the years, courts have referred to a number of factors that may assist in determining whether it was reasonable to expect privacy in different circumstances: see *Cole*, at para. 45; *Tessling*, at para. 32; *Edwards*, at para. 45. The factors that figured most prominently in the arguments before us are: (1) the place where the search occurred; (2) the private nature of the subject matter, i.e., whether the informational content of the electronic conversation revealed details of the claimant’s lifestyle or information of a biographic nature; and (3) control over the subject matter. I will consider each of these factors in turn. I will then deal with the policy arguments raised against recognizing s. 8 protection for text messages.

(a) *The Place of the Search*

[25] Place may be helpful in determining whether a person has a reasonable expectation of privacy for

n’est pas « très exigeant » (voir également *R. c. Jones*, 2017 CSC 60, [2017] 2 R.C.S. 696, par. 20, la juge Côté).

[23] Il n’a jamais été sérieusement contesté que M. Marakah avait une attente subjective au respect de sa vie privée à l’égard du contenu de la conversation électronique qu’il avait eue avec M. Winchester. M. Marakah a témoigné qu’il s’attendait à ce que M. Winchester garde secrète la teneur de leur conversation électronique (voir les motifs du juge des requêtes, par. 91). Il a témoigné avoir demandé maintes fois à M. Winchester de supprimer les messages textes de son iPhone (*ibid.*). Je conclus que M. Marakah s’attendait subjectivement à ce que la teneur de la conversation électronique qu’il avait eue avec M. Winchester demeure privée.

(4) L’attente subjective de M. Marakah au respect de sa vie privée était-elle objectivement raisonnable?

[24] L’attente subjective du demandeur au respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la prétendue fouille doit avoir été objectivement raisonnable pour faire intervenir l’art. 8. Au fil des ans, les tribunaux ont mentionné plusieurs facteurs qui peuvent aider à décider s’il était raisonnable de s’attendre au respect de la vie privée dans diverses circonstances (voir *Cole*, par. 45; *Tessling*, par. 32; *Edwards*, par. 45). Les facteurs qui sont revenus le plus souvent lors des plaidoiries devant notre Cour étaient les suivants : (1) le lieu fouillé; (2) le caractère privé de l’objet de la fouille, autrement dit la question de savoir si le contenu informatif de la conversation électronique a révélé des détails au sujet du mode de vie du demandeur ou des renseignements de nature biographique; (3) le contrôle du demandeur sur l’objet de la fouille. Je vais examiner chacun de ces facteurs à tour de rôle. Je vais ensuite aborder les arguments de principe invoqués contre la reconnaissance de la protection garantie à l’art. 8 pour les messages textes.

a) *Le lieu de la fouille*

[25] Le lieu peut aider à juger si une personne a une attente raisonnable au respect de sa vie privée

the purposes of s. 8. At common law, privacy was often designated by place, as evident in the old dictum that every man's home is his castle: see *Tessling*, at para. 22.

[26] Place may inform whether it is reasonable to expect a verbal conversation to remain private; depending on the circumstances, a conversation in a crowded restaurant may not attract the protection of s. 8, while the same conversation behind closed doors may.

[27] The factor of “place” was largely developed in the context of territorial privacy interests, and digital subject matter, such as an electronic conversation, does not fit easily within the strictures set out by the jurisprudence. What is the place of an electronic text message conversation? And what light does that shed on a claimant's reasonable expectation of privacy? Place is important only insofar as it informs the objective reasonableness of a subjective expectation of privacy.

[28] One possibility is that an electronic conversation does not occupy a particular physical place. All or part of it may be on the sender's phone or the recipient's, or in radio waves or a service provider's database, or on a remote server to which both the sender and the recipient (or the recipients) have access, or some combination of these. This interconnected web of devices and servers creates an electronic world of digital communication that, in the 21st century, is every bit as real as physical space. The millions of us who text friends, family, and acquaintances may each be viewed as having appropriated a corner of this electronic space for our own purposes. There, we seclude ourselves and convey our private messages, just as we might use a room in a home or an office to talk behind closed doors. The phrase “chat room” to describe an Internet site through which people communicate is not merely a metaphor. In a similar way, text messaging can create *private* chat rooms between individuals. Although electronic, these rooms

pour l'application de l'art. 8. En common law, le droit au respect de sa vie privée était souvent rattaché à un lieu, comme en témoigne le vieux dicton la maison de chacun est son château et sa forteresse (voir *Tessling*, par. 22).

[26] Le lieu peut être utile pour décider s'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une conversation verbale demeure privée; selon les circonstances, une conversation dans un restaurant bondé ne fait peut-être pas intervenir la protection de l'art. 8, alors que le même échange de propos derrière des portes closes pourrait commander cette protection.

[27] Le facteur du « lieu » a été élaboré en grande partie dans le contexte des droits à la vie privée de nature territoriale et un objet numérique comme une conversation électronique cadre mal dans les paramètres établis par la jurisprudence. Où se déroule une conversation électronique par message texte? Et quel éclairage le lieu jette-t-il sur l'attente raisonnable du demandeur au respect de sa vie privée? Le lieu n'a d'importance que dans la mesure où il joue sur le caractère objectivement raisonnable d'une attente subjective en matière de respect de la vie privée.

[28] Selon une première solution, une conversation électronique ne se déroule pas dans un lieu physique précis. Elle peut se retrouver en totalité ou en partie dans le téléphone de l'expéditeur ou dans celui du destinataire, sur les ondes radio, dans la base de données du fournisseur de services ou encore dans un serveur éloigné auquel tant l'expéditeur que le destinataire (ou les destinataires) ont accès, ou dans une combinaison de tous ces éléments. Ce réseau interconnecté d'appareils et de serveurs crée un univers électronique de communication numérique qui, en ce XXI<sup>e</sup> siècle, est tout aussi réel que l'espace physique. Les millions d'entre nous qui envoient des textos à leurs amis, à leur famille et à leurs connaissances peuvent être perçus comme s'étant approprié chacun une parcelle de cet espace électronique pour ses fins personnelles. Nous nous retirons à l'écart et nous transmettons nos messages personnels, tout comme nous pourrions nous servir d'une pièce de notre maison ou d'un bureau pour

are the place of the search. This suggests that there would be a reasonable expectation of privacy in a text message conversation.

[29] Another option is to say that the place of the search is the device through which the messages are accessed or stored: see Moldaver J.'s reasons, at paras. 144-45 and 151. Again, this suggests there may be a reasonable expectation of privacy in a text message conversation. Control or regulation of access to a place is relevant to a reasonable expectation of privacy: see *Edwards*, at para. 45. I may have a high expectation of privacy in my own phone, which I completely control, a lesser expectation of privacy in my friend's phone, which I expect her to control, and no reasonable expectation of privacy at all if I expect the text message to be displayed to the public. A reasonable expectation of privacy may exist on a spectrum or in a "hierarchy" of places: *Tessling*, at para. 22.

[30] The place of the search is simply one of several factors that must be weighed to determine whether the accused had a reasonable expectation of privacy for the purposes of s. 8 of the *Charter*. Whether one views the place of an electronic conversation as a metaphorical chat room or a real physical place, it is clear that the place of the text message conversation does not exclude an expectation of privacy. At the end of the day, s. 8 "protects people, not places": *Hunter*, at p. 159. The question always comes back to what the individual, in all of the circumstances, should reasonably have expected.

parler derrière des portes closes. L'expression « salon de cyberbavardage » employée pour désigner un site Internet auquel les gens recourent pour communiquer entre eux n'est pas une simple métaphore. De même, la messagerie texte peut créer des salons de cyberbavardage *privés* à l'usage des personnes. Malgré leur nature électronique, ces salons forment le lieu de la fouille. Cela laisse supposer qu'il y aurait une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard d'une conversation par message texte.

[29] Une autre solution consiste à dire que le lieu de la fouille est l'appareil au moyen duquel on accède à des messages ou on les conserve (voir les motifs du juge Moldaver, par. 144-145 et 151). Là encore, cela laisse supposer qu'il peut y avoir une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard d'une conversation par message texte. Le contrôle ou l'encadrement de l'accès à un lieu influe sur le caractère raisonnable de l'attente en matière de respect de la vie privée (voir *Edwards*, par. 45). Je peux avoir une attente élevée au respect de ma vie privée quant à mon propre téléphone, sur lequel j'exerce un contrôle absolu, une attente moindre au respect de ma vie privée à l'égard du téléphone de mon ami, sur lequel je m'attends à ce qu'il exerce un contrôle, et absolument aucune attente raisonnable au respect de ma vie privée si je m'attends à ce que le message texte soit rendu public. Il peut y avoir une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée selon une échelle ou une « hiérarchie » des lieux (*Tessling*, par. 22).

[30] Le lieu de la fouille n'est qu'un des multiples facteurs à soupeser pour décider si l'accusé avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée pour l'application de l'art. 8 de la *Charte*. Que l'on perçoive le lieu d'une conversation électronique comme un salon de cyberbavardage métaphorique ou un lieu physique réel, il est clair que le lieu de la conversation par message texte n'écarte pas une attente en matière de respect de la vie privée. Au bout du compte, l'art. 8 « protège les personnes et non les lieux » (*Hunter*, p. 159). La question revient toujours à ce à quoi la personne aurait dû raisonnablement s'attendre eu égard à l'ensemble des circonstances.

(b) *The Private Nature of the Information*

[31] The purpose of s. 8 is “to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state”: *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293. It follows that the potential for revealing private information is a factor to consider in determining whether an electronic conversation attracts a reasonable expectation of privacy and is protected by s. 8 of the *Charter*.

[32] In considering this factor, the focus is not on the actual contents of the messages the police have seized, but rather on the potential of a given electronic conversation to reveal personal or biographical information. For the purposes of s. 8 of the *Charter*, the conversation is an “opaque and sealed ‘bag of information’”: *Patrick*, at para. 32; see also *Wong*, at p. 50. What matters is whether, in the circumstances, a search of an electronic conversation may betray “information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual” (*Plant*, at p. 293), such that the conversation’s participants have a reasonable expectation of privacy in its contents, whatever they may be: see *Cole*, at para. 47; *Tessling*, at paras. 25 and 27.

[33] Individuals may even have an acute privacy interest in the *fact* of their electronic communications. As Marshall McLuhan observed at the dawn of the technological era, “the medium is the message”: M. McLuhan, *Understanding Media: The Extensions of Man* (1964), at p. 7. The medium of text messaging broadcasts a wealth of personal information capable of revealing personal and core biographical information about the participants in the conversation.

[34] The personal nature of the information that can be derived from text messages is linked to the

b) *Le caractère privé des renseignements*

[31] L’article 8 vise à « prot[é]ger un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l’État » (*R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293). Il s’ensuit que le risque de divulgation de renseignements privés est un facteur dont il faut tenir compte pour décider si une conversation électronique suscite des attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée et est protégée par l’art. 8 de la *Charte*.

[32] Pour examiner ce facteur, on met l’accent non pas sur le contenu effectif des messages saisis par les policiers, mais plutôt sur le risque qu’une conversation électronique donnée révèle des renseignements d’ordre personnel ou biographique. Pour l’application de l’art. 8 de la *Charte*, la conversation est un « “sac d’informations” opaque et hermétiquement fermé » (*Patrick*, par. 32; voir également *Wong*, p. 50). Ce qui importe, c’est de décider si, eu égard aux circonstances, la recherche de la conversation électronique est susceptible de trahir des « renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l’individu » (*Plant*, p. 293), justifiant ainsi de la part des participants à cette conversation une attente raisonnable au respect de leur vie privée à l’égard de sa teneur, quelle qu’elle soit (voir *Cole*, par. 47; *Tessling*, par. 25 et 27).

[33] Des gens peuvent même avoir un important intérêt en matière de respect de la vie privée en ce qui concerne la seule *existence* de leurs communications électroniques. Comme Marshall McLuhan le faisait observer à l’aube de l’ère technologique, [TRADUCTION] « le médium, c’est le message » (M. McLuhan, *Understanding Media : The Extensions of Man* (1964), p. 7). Le médium que constitue la messagerie texte permet de diffuser une foule de renseignements personnels susceptibles de révéler des informations biographiques d’ordre personnel sur les personnes qui prennent part à la conversation.

[34] Le caractère personnel des renseignements qui peuvent être obtenus grâce aux messages textes

private nature of texting. People may be inclined to discuss personal matters in electronic conversations precisely because they understand that they are private. The receipt of the information is confined to the people to whom the text message is sent. Service providers are contracted to confidentiality. Apart from possible police interception — which cannot be considered for the purpose of determining a reasonable expectation of privacy (see *Patrick*, at para. 14; *Wong*, at p. 47; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at pp. 43-44) — no one else knows about the message or its contents.

[35] Indeed, it is difficult to think of a type of conversation or communication that is capable of promising more privacy than text messaging. There is no more discreet form of correspondence. Participants need not be in the same physical place; in fact, they almost never are. It is, as this Court unanimously accepted in *TELUS*, a “private communication” as that term is defined in s. 183 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, namely, “[a] telecommunication . . . that is made under circumstances in which it is reasonable for the originator to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator to receive it”: see *TELUS*, at para. 12, per Abella J., at para. 67, per Moldaver J., and at para. 135, per Cromwell J.

[36] One can even text privately in plain sight. A wife has no way of knowing that, when her husband appears to be catching up on emails, he is in fact conversing by text message with a paramour. A father does not know whom or what his daughter is texting at the dinner table. Electronic conversations can allow people to communicate details about their activities, their relationships, and even their identities that they would never reveal to the world at large, and to enjoy portable privacy in doing so.

[37] Electronic conversations, in sum, are capable of revealing a great deal of personal information.

s’explique par le caractère privé du textage. Les gens peuvent être portés à aborder des sujets personnels lors d’une conversation électronique, précisément parce qu’ils savent qu’elle est privée. Ils savent que les renseignements ne seront reçus que par les destinataires du message texte. Les fournisseurs de services sont contractuellement tenus à la confidentialité. Hormis une éventuelle interception policière — dont il ne peut être tenu compte pour décider s’il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée (voir *Patrick*, par. 14; *Wong*, p. 47; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 43-44) — personne d’autre n’est au courant du message ou de son contenu.

[35] En fait, il est difficile d’imaginer un type de conversation ou de communication susceptible de promettre une plus grande confidentialité que la messagerie texte. Il n’existe pas de mode de correspondance plus discret. Il n’est pas nécessaire que les participants se trouvent dans le même lieu physique; en fait, ils ne le sont presque jamais. Il s’agit, comme notre Cour l’a reconnu à l’unanimité dans l’arrêt *TELUS*, d’une « communication privée » au sens de l’art. 183 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, c’est-à-dire d’une « télécommunication [. . .] faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elle ne soit pas interceptée par un tiers » (voir *TELUS*, par. 12, la juge Abella, par. 67, le juge Moldaver, et par. 135, le juge Cromwell).

[36] On peut même rédiger des messages textes en privé à la vue de tous. L’épouse n’a aucun moyen de savoir que son mari, qui semble être en train de consulter ses courriels, est de fait en train de converser par message texte avec une maîtresse. Le père ignore ce que sa fille est en train de texter à table et à qui s’adressent ses textos. Les conversations électroniques peuvent permettre aux gens de communiquer au sujet de leurs activités, de leurs relations et même de leur identité des détails qu’ils ne révéleraient jamais au grand public, tout en bénéficiant de la discrétion que leur procure ce mode de communication mobile.

[37] En somme, les conversations électroniques sont susceptibles de révéler une somme considérable



Preservation of a “zone of privacy” in which personal information is safe from state intrusion is the very purpose of s. 8 of the *Charter*: see *Patrick*, at para. 77, per Abella J. As the foregoing examples illustrate, this zone of privacy extends beyond one’s own mobile device; it can include the electronic conversations in which one shares private information with others. It is reasonable to expect these private interactions — and not just the contents of a particular cell phone at a particular point in time — to remain private.

(c) *Control*

[38] Control, ownership, possession, and historical use have long been considered relevant to determining whether a subjective expectation of privacy is objectively reasonable: see *Edwards*, at para. 45; *Cole*, at para. 51. Like the other factors, control is not an absolute indicator of a reasonable expectation of privacy, nor is lack of control fatal to a privacy interest: see *Cole*, at paras. 54 and 58; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 22. Control is one element to be considered in the totality of the circumstances in determining the objective reasonableness of a subjective expectation of privacy.

[39] Control must be analyzed in relation to the subject matter of the search: the electronic conversation. Individuals exercise meaningful control over the information they send by text message by making choices about how, when, and to whom they disclose the information. They “determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others”: A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7, quoted in *Spencer*, at para. 40, citing *Tessling*, at para. 23; see also *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 429, per La Forest J.; *Duarte*, at p. 46.

de renseignements personnels. Le maintien d’un « espace privé » protégeant les renseignements personnels contre les intrusions de l’État est la raison d’être de l’art. 8 de la *Charte* (voir *Patrick*, par. 77, la juge Abella). Comme les exemples précédents l’illustrent bien, cet espace privé s’étend bien au-delà de l’appareil mobile d’une personne; il peut englober les conversations électroniques par lesquelles on communique des renseignements personnels à d’autres personnes. Il est raisonnable de s’attendre à ce que ces interactions privées — et non seulement le contenu d’un téléphone cellulaire donné à un moment précis — demeurent privées.

c) *Contrôle*

[38] Le contrôle, la propriété, la possession et l’usage antérieur sont depuis longtemps jugés pertinents pour décider si une attente subjective en matière de respect de la vie privée est objectivement raisonnable (voir *Edwards*, par. 45; *Cole*, par. 51). À l’instar des autres facteurs, le contrôle n’est pas un indicateur absolu de l’existence d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, pas plus que l’absence de contrôle ne porte un coup fatal à la reconnaissance d’un intérêt en matière de vie privée (voir *Cole*, par. 54 et 58; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 22). Le contrôle est un des éléments à prendre en considération parmi l’ensemble des circonstances pour juger du caractère objectivement raisonnable d’une attente subjective en matière de respect de la vie privée.

[39] Il faut analyser le contrôle par rapport à l’objet de la fouille : la conversation électronique. Les particuliers exercent un véritable contrôle sur l’information qu’ils envoient par message texte en décidant de la manière dont ils la divulguent ainsi que du moment où ils le font et à qui ils la divulguent. Ils [TRADUCTION] « décident eux-mêmes à quel moment, de quelle manière et dans quelle mesure les renseignements les concernant sont communiqués » (A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7, cité dans *Spencer*, par. 40, citant *Tessling*, par. 23; voir aussi *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 429, le juge La Forest; *Duarte*, p. 46).

[40] The Crown argues that Mr. Marakah lost all control over the electronic conversation with Mr. Winchester because Mr. Winchester *could* have disclosed it to third parties. However, the risk that recipients can disclose the text messages they receive does not change the analysis: *Duarte*, at pp. 44 and 51; *Cole*, at para. 58. To accept the risk that a co-conversationalist could disclose an electronic conversation is not to accept the risk of a different order that the state will intrude upon an electronic conversation absent such disclosure. “[T]he regulation of electronic surveillance protects us from a risk of a different order, i.e., not the risk that someone will repeat our words but the much more insidious danger inherent in allowing the state, in its unfettered discretion, to record and transmit our words”: *Duarte*, at p. 44. Therefore, the risk that a recipient could disclose an electronic conversation does not negate a reasonable expectation of privacy in an electronic conversation.

[41] The cases are clear: a person does not lose control of information for the purposes of s. 8 simply because another person possesses it or can access it. Even where “technological reality” (*Cole*, at para. 54) deprives an individual of exclusive control over his or her personal information, he or she may yet reasonably expect that information to remain safe from state scrutiny. Mr. Marakah shared information with Mr. Winchester; in doing so, he accepted the risk that Mr. Winchester might disclose this information to third parties. However, by accepting this risk, Mr. Marakah did not give up control over the information or his right to protection under s. 8.

[42] The shared control aspect of this case is similar to that in *Cole*. Mr. Cole had pornography stored on his work computer. His employer, like Mr. Winchester in this case, could access the contents of the computer. Mr. Cole did not have exclusive control of the physical location searched (his work-issued laptop). Yet this Court held that Mr. Cole had a reasonable expectation of privacy in the subject matter of the search, i.e., the pornographic material stored on the computer: *Cole*, at paras. 51-58.

[40] La Couronne prétend que M. Marakah a perdu tout contrôle sur la conversation électronique avec M. Winchester parce que ce dernier aurait *pu* la divulguer à des tiers. Cependant, le risque que des destinataires divulguent les messages textes qu’ils reçoivent ne change rien à l’analyse (*Duarte*, p. 44 et 51; *Cole*, par. 58). Accepter le risque qu’un interlocuteur divulgue une conversation électronique ne revient pas à accepter le risque différent que l’État s’immisce dans une conversation électronique non divulguée. « La réglementation de la surveillance électronique nous protège contre un risque différent : non plus le risque que quelqu’un répète nos propos, mais le danger bien plus insidieux qu’il y a à permettre que l’État, à son entière discrétion, enregistre et transmette nos propos » (*Duarte*, p. 44). En conséquence, le risque qu’un destinataire divulgue une conversation électronique n’exclut pas une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l’égard de cette conversation.

[41] La jurisprudence est claire : une personne ne perd pas le contrôle de renseignements pour l’application de l’art. 8 uniquement parce que quelqu’un d’autre les possède ou peut les consulter. Même lorsque « la réalité technologique » (*Cole*, par. 54) l’empêche d’exercer un contrôle exclusif sur ses renseignements personnels, une personne peut malgré tout s’attendre raisonnablement à ce que ces renseignements soient à l’abri du regard scrutateur de l’État. M. Marakah a communiqué des renseignements à M. Winchester; ce faisant, il a accepté de courir le risque que M. Winchester les divulgue à des tiers. Toutefois, en acceptant de courir ce risque, M. Marakah n’a pas renoncé au contrôle sur les renseignements ni à son droit à la protection de l’art. 8.

[42] Le contrôle partagé en l’espèce est semblable à celui qu’il y avait dans *Cole*. M. Cole avait conservé de la pornographie sur son ordinateur de travail. À l’instar de M. Winchester en l’espèce, son employeur pouvait accéder au contenu de l’ordinateur. M. Cole n’avait pas le contrôle exclusif de l’emplacement physique visé par la fouille (l’ordinateur portatif fourni pour son travail). Pourtant, la Cour a jugé que M. Cole avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée quant à l’objet de la fouille : le matériel pornographique stocké dans son ordinateur (*Cole*, par. 51-58).

[43] The majority of the Court of Appeal distinguished *Cole* on the ground that Mr. Cole’s employer “permitted users to use the computers for personal purposes”, in contrast to Mr. Marakah who had no such privileges with respect to Mr. Winchester’s iPhone (paras. 62-64). Moldaver J., meanwhile, emphasizes that Mr. Cole “retained the ability to delete information on the computer and prevent its dissemination” (para. 134). With respect, it is difficult to see what difference it would have made if Mr. Winchester had permitted Mr. Marakah to use his iPhone to delete text messages or for any other purposes. The issue is not who owns the device through which the electronic conversation is accessed, but rather whether the claimant exercised control over the *information* reflected therein. In *Cole*, that was pornographic images. In this case, it is the electronic conversation between Mr. Marakah and Mr. Winchester.<sup>1</sup>

[44] My colleague Moldaver J. concludes that control is “a crucial contextual factor” in this case (para. 117) and finds that Mr. Marakah’s lack of control over Mr. Winchester’s phone is fatal to his reasonable expectation of privacy in the electronic conversation (paras. 99, 122 and 130). With great respect, I take a different view. First, control is not dispositive, but only one factor to be considered in the totality of the circumstances. Second, my colleague’s approach focuses not on the subject matter of the search, the electronic conversation, but rather on the device through which the information was accessed, Mr. Winchester’s phone. Sometimes, control over information may be a function of control over a physical object or place. However, this is not the only indicator of effective control. Sometimes, as with

<sup>1</sup> I would note that, in my respectful view, the distinction between text messages in the process of transmission and those that have been received (see Moldaver J.’s reasons, at para. 146) is not relevant to the s. 8 analysis; it is the electronic conversation, not the data on one mobile device or another, that matters.

[43] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont établi une distinction entre la présente espèce et l’affaire *Cole* parce que, dans celle-ci, l’employeur de M. Cole [TRADUCTION] « avait permis aux utilisateurs de se servir des ordinateurs à des fins personnelles », alors que ce privilège n’a pas été accordé à M. Marakah dans le cas de l’iPhone de M. Winchester (par. 62-64). Pour sa part, le juge Moldaver souligne que M. Cole « avait conservé la capacité de supprimer l’information stockée dans l’ordinateur et d’empêcher sa diffusion » (par. 134). Soit dit en tout respect, je vois mal en quoi la situation aurait été différente si M. Winchester avait autorisé M. Marakah à utiliser son iPhone pour en supprimer des messages textes ou pour tout autre usage. Il s’agit non pas de savoir qui est le propriétaire de l’appareil par lequel on accède à la conversation électronique, mais plutôt de savoir si le demandeur exerçait un contrôle sur l’*information* qui s’y trouvait. Dans l’affaire *Cole*, il s’agissait d’images pornographiques. Dans le cas qui nous occupe, il s’agit de la conversation électronique qui a eu lieu entre M. Marakah et M. Winchester<sup>1</sup>.

[44] Mon collègue le juge Moldaver conclut que le contrôle est un « élément contextuel crucial » en l’espèce (par. 117) et que l’absence de contrôle exercé par M. Marakah sur le téléphone de M. Winchester porte un coup fatal à son attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement à la conversation électronique (par. 99, 122 et 130). Avec égards, je vois les choses autrement. Tout d’abord, le contrôle n’est pas déterminant; il n’est qu’un facteur à prendre en considération parmi l’ensemble des circonstances. Ensuite, l’approche de mon collègue met l’accent non pas sur l’objet de la fouille, mais plutôt sur l’appareil au moyen duquel on a pris connaissance de l’information, en l’occurrence le téléphone de M. Winchester. Le contrôle de l’information découle parfois du contrôle exercé sur un objet ou un

<sup>1</sup> Je tiens à souligner qu’à mon humble avis, la distinction entre les messages textes en cours de transmission et ceux déjà reçus (voir les motifs du juge Moldaver, par. 146) n’a aucune pertinence pour l’analyse fondée sur l’art. 8; c’est la conversation électronique, et non les données enregistrées dans un appareil mobile, qui compte.

electronic conversations, control may arise from the choice of medium and the designated recipient.

[45] I conclude that the risk that Mr. Winchester could have disclosed the text messages does not negate Mr. Marakah's control over the information contained therein. By choosing to send a text message by way of a private medium to a designated person, Mr. Marakah was exercising control over the electronic conversation. The risk that the recipient could have disclosed it, if he chose to, does not negate the reasonableness of Mr. Marakah's expectation of privacy against state intrusion.

(d) *Policy Considerations*

[46] It is suggested that even if the place of the search, the private nature of the subject matter, and the control over the subject matter support the conclusion that there may be an objectively reasonable expectation of privacy in a given electronic conversation, the Court should not recognize such an expectation because of the impact this would have on law enforcement. The Crown argues, and Moldaver J. concludes, that these considerations should tip the balance against recognition. Respectfully, I disagree.

[47] It is argued (see Moldaver J.'s reasons, at paras. 178-88) that if s. 8 may protect the sender's privacy in a text message after it has been received then the police will either be required to obtain warrants in more situations or will be inclined to do so "out of an abundance of caution", and that this may impact the ability of police to review messages sent to victims of sexual assault, sexual interference, harassment, child luring, and various other offences without judicial authorization.

[48] Moldaver J. rejects any interpretation of s. 8 that would allow sexual predators or abusive partners to retain a reasonable expectation of privacy

lieu physique. Ce n'est toutefois pas le seul signe de contrôle effectif. Parfois, comme dans le cas des conversations électroniques, le contrôle peut prendre sa source dans le choix du moyen de communication et du destinataire.

[45] Selon moi, le risque que M. Winchester ait divulgué les messages textes n'écarte pas le contrôle exercé par M. Marakah sur les renseignements qu'ils contiennent. En décidant d'envoyer un message texte par un moyen de communication privé à la personne de son choix, M. Marakah exerçait un contrôle sur la conversation électronique. Le risque que le destinataire l'ait divulgué, s'il avait décidé de le faire, ne rend pas déraisonnable l'attente de M. Marakah à la protection contre l'intrusion de l'État dans sa vie privée.

d) *Considérations d'ordre public*

[46] D'aucuns prétendent que même si le lieu de la fouille, le caractère privé de l'objet de la fouille et le contrôle sur cet objet étayaient la conclusion qu'il existe peut-être une attente objectivement raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard d'une conversation électronique donnée, la Cour ne devrait pas reconnaître pareille attente en raison de l'incidence qu'elle aurait sur l'application de la loi. La Couronne soutient — et le juge Moldaver conclut — que ces considérations devraient faire pencher la balance en faveur du rejet de la reconnaissance. Avec égards, je ne partage pas leur avis.

[47] On soutient (voir les motifs du juge Moldaver, par. 178-188) que, si l'art. 8 peut protéger le droit à la vie privée de l'expéditeur sur un message texte après la réception de celui-ci, les policiers devront obtenir un mandat dans un plus grand nombre de cas ou seront portés à demander un tel mandat « par excès de prudence » et que cela risque de nuire à leur faculté d'examiner les messages envoyés aux victimes d'agression sexuelle, de contacts sexuels, de harcèlement, de leurre d'enfants ou de diverses autres infractions s'ils n'ont pas d'abord obtenu une autorisation judiciaire.

[48] Le juge Moldaver rejette toute interprétation de l'art. 8 qui permettrait aux prédateurs sexuels ou aux conjoints violents de conserver une attente

in text messages that they may send to their victims (para. 169). However, since *Hunter*, prior judicial authorization has been relied on to preserve our privacy rights under s. 8. In consequence, the fruits of a search cannot be used to justify an unreasonable privacy violation. To be meaningful, the s. 8 analysis must be content neutral.

[49] Nor does my position lead inevitably to the conclusion that text messages sent by sexual predators to children or sent by abusive partners to their spouses will not be allowed into evidence. Three scenarios are possible.

[50] On the first scenario, the victim, his or her parents, or other intelligence alerts the police to the existence of offensive or threatening text messages on a device. Assuming that s. 8 is engaged when police access text messages volunteered by a third party (see *R. v. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649, at paras. 21-35 (CanLII)), a breach can be avoided if the police obtain a warrant prior to accessing the text messages. As stated in *Cole*, “[t]he school board was . . . legally entitled to inform the police of its discovery of contraband on the laptop” and “[t]his would doubtless have permitted the police to obtain a warrant to search the computer for the contraband” (para. 73). Similarly, victims of cyber abuse are legally entitled to inform the police, which will typically permit the police to obtain a warrant. The police officers will be aware that they should not look at the text messages in question prior to obtaining a warrant. On this scenario, there is no breach of s. 8 and the text messages will be received in evidence.

[51] The second scenario is where the police, for whatever reason, access an offensive or threatening text message without obtaining prior judicial authorization. On this scenario, depending on the totality of the circumstances, the accused may have a reasonable expectation of privacy in the text message

raisonnable au respect de leur vie privée à l’égard des messages textes qu’ils peuvent envoyer à leurs victimes (par. 169). Cependant, depuis l’arrêt *Hunter*, on se sert d’une autorisation judiciaire préalable pour préserver les droits à la vie privée que nous reconnait l’art. 8. En conséquence, les fruits d’une fouille ou d’une perquisition ne peuvent être utilisés pour justifier une atteinte abusive à la vie privée. L’analyse fondée sur l’art. 8 n’a de sens que si elle est neutre au plan du contenu.

[49] Ma position ne mène pas non plus forcément à la conclusion selon laquelle les messages textes envoyés par des prédateurs sexuels à des enfants ou par des personnes violentes à leur conjoint ne seront pas admis en preuve. Trois scénarios peuvent se présenter.

[50] Dans le premier scénario, la victime, ses parents ou une autre source de renseignements signalent aux policiers l’existence de messages textes offensants ou menaçants sur un appareil. À supposer que l’art. 8 entre en jeu lorsque les policiers prennent connaissance de messages textes divulgués par un tiers (voir *R. c. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649, par. 21-35 (CanLII)), les policiers peuvent éviter une atteinte s’ils obtiennent un mandat au préalable. Comme l’affirme la Cour dans *Cole*, « le conseil scolaire avait légalement le droit d’informer la police de sa découverte de documents illicites dans l’ordinateur portatif », ce qui « aurait sans aucun doute permis à la police d’obtenir un mandat pour fouiller l’ordinateur afin d’y trouver les documents illicites » (par. 73). De même, les victimes d’exploitation par Internet ont légalement le droit d’en informer les policiers, ce qui permet habituellement à ces derniers d’obtenir un mandat. Les policiers sauront qu’ils ne doivent pas lire les messages textes en question avant d’obtenir un mandat. Dans ce scénario, il n’y a aucune violation de l’art. 8 et les messages textes sont admis en preuve.

[51] Dans le deuxième scénario, les policiers prennent connaissance, pour quelque raison que ce soit, d’un message texte offensant ou menaçant sans avoir obtenu une autorisation judiciaire préalable. Suivant l’ensemble des circonstances, l’accusé peut avoir une attente raisonnable au respect de sa vie

and therefore have standing to argue that the text message should be excluded. Standing is merely the opportunity to argue one's case. It does not follow that the accused's argument will succeed, or that the search of the text message will be found to violate s. 8. While a warrantless search is presumptively unreasonable under s. 8, it is open to the Crown to establish on a balance of probabilities that the search was authorized by law, the law is reasonable, and the search was carried out in a reasonable manner: see *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278.

[52] The third scenario arises where a reasonable expectation of privacy in the text messages and a breach of s. 8 are established under the second scenario. This does not mean that the evidence will be excluded. The Crown can argue that the evidence should be admitted under s. 24(2).

[53] My colleague Moldaver J. “foresee[s]” various other “troubling consequences for law enforcement and the administration of criminal justice” (para. 180). It is suggested that s. 8 challenges will add to the time required to try cases, and may disrupt the “balance” between the state's interest in effective law enforcement and individuals' expectations of privacy (*ibid.*). If and when such concerns arise, it will be for courts to address them. There is nothing in the record to suggest that the justice system cannot adapt to the challenges of recognizing that some text message conversations may engage s. 8 of the *Charter*. Nor is it disputed that, where scrutiny of an electronic conversation is concerned, the state's interest in effective law enforcement is outweighed by “the societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy”: *Plant*, at p. 293. Whatever law enforcement's interest in enjoying unfettered access to individuals' text messages, privacy in electronic conversations is worthy of constitutional protection. That protection should not be lightly denied.

privée à l'égard du message texte et, partant, avoir qualité pour soutenir qu'il y a lieu de l'écartier. La qualité pour agir ne confère que la possibilité de faire valoir son point de vue. Cela ne veut pas dire pour autant que l'argument de l'accusé sera retenu ou que la recherche du message texte sera jugée contraire à l'art. 8. Bien qu'une fouille ou perquisition sans mandat soit présumée abusive au sens de l'art. 8, la Couronne peut établir, selon la prépondérance des probabilités, que la fouille était autorisée par la loi, que la loi elle-même n'a rien d'abusif et que la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive (voir *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278).

[52] Le troisième scénario se présente lorsqu'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard des messages textes et une violation de l'art. 8 sont établies dans le deuxième scénario. Cela n'emporte pas exclusion de la preuve. La Couronne peut soutenir que la preuve devrait être admise en application du par. 24(2).

[53] Mon collègue le juge Moldaver « entrevoit [t] » diverses autres « conséquences inquiétantes pour l'application de la loi et l'administration de la justice pénale » (par. 180). On laisse entendre que les contestations fondées sur l'art. 8 prolongeront le temps qu'il faut pour instruire des procès et qu'elles risquent de rompre l'« équilibre » entre l'intérêt de l'État à une application efficace de la loi et les attentes des particuliers en ce qui concerne le respect de leur vie privée (*ibid.*). Si de telles craintes se concrétisent, et quand elles se concrétiseront, il appartiendra aux tribunaux d'y répondre. Rien dans le dossier ne laisse croire que le système de justice ne peut s'adapter aux difficultés engendrées par la reconnaissance de la possibilité que certaines conversations par message texte fassent intervenir l'art. 8 de la *Charte*. On ne conteste pas non plus que, lorsqu'il s'agit d'examiner une conversation électronique, l'intérêt de l'État à une application efficace de la loi est supplanté par « les droits sociétaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne » (*Plant*, p. 293). Quel que soit l'intérêt des forces de l'ordre à jouir d'un accès illimité aux messages textes de particuliers, le respect de la vie privée à l'égard des conversations électroniques mérite une protection constitutionnelle. Cette protection ne doit pas être refusée à la légère.

(e) *Conclusion on Reasonable Expectation of Privacy*

[54] I conclude that Mr. Marakah's subjective expectation that his electronic conversation with Mr. Winchester would remain private was objectively reasonable in the totality of the circumstances. Each of the three factors relevant to this inquiry in this case, place, capacity to reveal personal information, and control, support this conclusion. If the place of the search is viewed as a private electronic space accessible by only Mr. Marakah and Mr. Winchester, Mr. Marakah's reasonable expectation of privacy is clear. If the place of the search is viewed as Mr. Winchester's phone, this reduces, but does not negate, Mr. Marakah's expectation of privacy. The mere fact of the electronic conversation between the two men tended to reveal personal information about Mr. Marakah's lifestyle; namely, that he was engaged in a criminal enterprise: see *Patrick*, at para. 32. This the police could glean when they had done no more than scrolled through Mr. Winchester's messages and identified Mr. Marakah as one of his correspondents. In addition, Mr. Marakah exercised control over the informational content of the electronic conversation and the manner in which information was disclosed. Therefore, Mr. Marakah has standing to challenge the search and the admission of the evidence, even though the state accessed his electronic conversation with Mr. Winchester through the latter's iPhone. This conclusion is not displaced by policy concerns.

[55] I conclude that in this case, Mr. Marakah had standing under s. 8 of the *Charter*. This is not to say, however, that every communication occurring through an electronic medium will attract a reasonable expectation of privacy and hence grant an accused standing to make arguments regarding s. 8 protection. This case does not concern, for example, messages posted on social media, conversations occurring in crowded Internet chat rooms, or comments posted on online message boards. On the facts of this case, Mr. Marakah had a reasonable expectation of privacy in the electronic conversation accessed

e) *Conclusion sur l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée*

[54] Selon moi, l'attente subjective de M. Marakah que sa conversation électronique avec M. Winchester demeure privée était objectivement raisonnable eu égard à l'ensemble des circonstances. Les trois facteurs pertinents en l'espèce, soit le lieu, la possibilité de dévoiler des renseignements personnels et le contrôle, militent tous en faveur de cette conclusion. Si l'on considère que le lieu de la fouille était un espace électronique privé auquel n'avaient accès que MM. Marakah et Winchester, l'attente raisonnable de M. Marakah au respect de sa vie privée est limpide. Si, en revanche, on considère que le lieu de la fouille était le téléphone de M. Winchester, cela réduit, sans toutefois exclure, l'attente de M. Marakah au respect de sa vie privée. La simple existence de la conversation électronique entre les deux hommes tendait à dévoiler des renseignements personnels sur le mode de vie de M. Marakah, à savoir son implication dans une entreprise criminelle (voir *Patrick*, par. 32). Les policiers ont pu s'en rendre compte alors qu'ils n'avaient fait que parcourir les messages de M. Winchester et identifier M. Marakah comme l'un de ses interlocuteurs. En outre, M. Marakah a exercé un contrôle sur le contenu informationnel de la conversation électronique et la manière dont les renseignements ont été divulgués. M. Marakah a donc qualité pour contester la fouille ainsi que l'admission des éléments de preuve recueillis, et ce, même si l'État a pris connaissance de la conversation électronique entre lui et M. Winchester par le biais de l'iPhone de ce dernier. Cette conclusion n'est pas écartée par des préoccupations d'ordre public.

[55] Je conclus que M. Marakah avait qualité pour agir en vertu de l'art. 8 de la *Charte* en l'espèce. Cela ne veut toutefois pas dire que toute communication faite électroniquement fera naître une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée et permettra, par conséquent, à l'accusé d'avoir qualité pour exprimer son avis sur la protection de l'art. 8. Nous ne sommes pas en présence, par exemple, de messages publiés sur les médias sociaux, de conversations tenues dans des salons de cyberbavardage bondés ou de commentaires publiés sur des babillards en ligne. Au vu des faits de

through Mr. Winchester's device; different facts may well lead to a different result.

C. *Was the Search Unreasonable?*

[56] If Mr. Marakah had standing, the Crown concedes that the search was unreasonable. Though the Crown argued before the application judge that it was a valid search incident to Mr. Winchester's arrest, the application judge rejected that submission and the Crown did not pursue it before this Court.

[57] It follows that the evidence was obtained by an unreasonable search of the electronic conversation between Mr. Marakah and Mr. Winchester, in violation of Mr. Marakah's right under s. 8 of the *Charter*. The text messages are thus presumptively inadmissible against him, subject to s. 24(2).

D. *Should the Evidence Be Excluded?*

[58] The application judge did not conduct an analysis under s. 24(2) of the *Charter* because he ruled against Mr. Marakah on standing. The Crown submits that, if he has standing, the evidence should not be excluded under s. 24(2). I cannot agree.

[59] Section 24(2) provides:

Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

[60] In this case, consideration of the three lines of inquiry described in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32,

l'espèce, M. Marakah avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard de la conversation électronique obtenue au moyen de l'appareil de M. Winchester; des faits différents pourraient fort bien aboutir à un résultat différent.

C. *La fouille était-elle abusive?*

[56] Si M. Marakah avait qualité pour agir, la Couronne admet que la fouille était abusive. Même si la Couronne a fait valoir devant le juge des requêtes qu'il s'agissait d'une fouille valide accessoire à l'arrestation de M. Winchester, le juge des requêtes a rejeté cet argument et la Couronne ne l'a pas avancé devant notre Cour.

[57] Il s'ensuit que les éléments de preuve ont été recueillis à la suite de la fouille abusive de la conversation électronique de M. Marakah avec M. Winchester et que cette fouille violait le droit que l'art. 8 de la *Charte* reconnaît à M. Marakah. Les messages textes sont par conséquent présumés inadmissibles en preuve contre lui, sous réserve du par. 24(2).

D. *Les éléments de preuve doivent-ils être écartés?*

[58] Le juge des requêtes n'a pas procédé à une analyse fondée sur le par. 24(2) de la *Charte* parce qu'il a rendu une décision défavorable à M. Marakah sur la question de la qualité pour agir. La Couronne affirme que, s'il a qualité pour agir, les éléments de preuve ne devraient pas être écartés en vertu du par. 24(2). Je ne partage pas son opinion.

[59] Le paragraphe 24(2) dispose :

Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[60] En l'espèce, après avoir tenu compte des trois questions énoncées dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009



[2009] 2 S.C.R. 353, at para. 71, leads to the conclusion that the evidence must be excluded.

(1) Seriousness of the Charter-Infringing Conduct

[61] The police’s *Charter*-infringing conduct was sufficiently serious to favour the exclusion of the evidence. As this Court recently explained in *R. v. Paterson*, 2017 SCC 15, [2017] 1 S.C.R. 202, “[t]he court’s task in considering the seriousness of *Charter*-infringing state conduct is to situate that conduct on a scale of culpability”, with “inadvertent or minor violations” at one end and “wilful or reckless disregard of *Charter* rights” at the other: para. 43, quoting *Grant*, at para. 74. Here, the actions of police fall toward the more serious end of the spectrum.

[62] The search of Mr. Winchester’s iPhone was not *Charter* compliant, the application judge concluded, because it was not a valid search incident to his arrest. Though there is no suggestion that Mr. Winchester’s arrest was anything but lawful, the police did not search his iPhone until more than two hours later. It was in the course of this search — which the Crown now concedes was unreasonable — that police searched the electronic conversation between Mr. Winchester and Mr. Marakah.

[63] The Crown submits that the lawfulness of Mr. Winchester’s arrest diminishes the seriousness of the *Charter* breach. The Crown argues that there was nothing improper about the seizure of Mr. Winchester’s iPhone incident to his arrest, and notes that the application judge made no finding of bad faith on the part of police. Before this Court’s decision in *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621, the Crown says, it was “not so clear” that the police required “an additional warrant” to forensically examine Mr. Winchester’s iPhone.

CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 71, j’en arrive à la conclusion que les éléments de preuve doivent être écartés.

(1) Gravité de la conduite attentatoire

[61] La conduite des policiers qui portait atteinte aux droits garantis à l’appelant par la *Charte* était suffisamment grave pour justifier l’exclusion des éléments de preuve. Comme notre Cour l’a récemment expliqué dans l’arrêt *R. c. Paterson*, 2017 CSC 15, [2017] 1 R.C.S. 202, « [l]orsqu’il apprécie la gravité d’une mesure de l’État qui porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*, le tribunal doit situer cette conduite sur [une] échelle de culpabilité » sur laquelle les « violations mineures ou commises par inadvertance » se trouvent à une extrémité et « [le] mépris délibéré des droits garantis par la *Charte* » se trouve à l’autre (par. 43, citant l’arrêt *Grant*, par. 74). Dans le cas qui nous occupe, les agissements des policiers tendent vers l’extrémité de l’échelle de culpabilité la plus grave.

[62] La fouille de l’iPhone de M. Winchester n’était pas conforme à la *Charte*, selon le juge des requêtes, parce qu’elle ne constituait pas une fouille accessoire à son arrestation et valide à ce titre. Même si rien ne permet de penser que l’arrestation de M. Winchester n’était pas légale, plus de deux heures se sont écoulées avant que les policiers examinent son iPhone. C’est au cours de cette fouille — qui, comme la Couronne l’admet maintenant, était abusive — que les policiers ont cherché la conversation électronique entre MM. Winchester et Marakah.

[63] D’après la Couronne, la légalité de l’arrestation de M. Winchester atténue la gravité de la violation de la *Charte*. La Couronne fait valoir que la saisie de l’iPhone de M. Winchester effectuée accessoirement à son arrestation n’est entachée d’aucune irrégularité et signale que le juge des requêtes n’a pas conclu à la mauvaise foi de la police. Elle ajoute qu’avant l’arrêt rendu par notre Cour dans *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, [TRANSDUCTION] « la jurisprudence était encore flottante » quant à la nécessité pour les policiers d’obtenir « un autre mandat » pour procéder à l’examen criminel de l’iPhone de M. Winchester.

[64] This reliance on *Fearon* is misplaced. In his reasons for the majority in that case, which concerned the extent of the common law power to search incident to arrest, Cromwell J. described the state of the law as follows, at para. 2:

At least four approaches have emerged. The first is to hold that the power to search incident to arrest generally includes the power to search cell phones, provided that the search is truly incidental to the arrest . . . . The second view is that “cursory” searches are permitted . . . . A third is that thorough “data-dump” searches are *not* permitted incident to arrest . . . . Finally, it has also been held that searches of cell phones incident to arrest are not permitted except in exigent circumstances, in which a “cursory” search is permissible. [Emphasis in original; citations omitted.]

[65] None of these approaches would have justified the search of Mr. Winchester’s iPhone. As the application judge noted, at para. 114 of his reasons, “there is no evidence . . . as to why Winchester’s phone could not have been searched at the time of arrest and at least rendered safe [or] of why the delay of more than two hours occurred before the phone was looked at”. The forensic examination of Mr. Winchester’s iPhone breached the *Charter* not only because of its extent, but also because of its timing. On the application judge’s findings, this simply was not a search incident to arrest. Even if the police acted in good faith in waiting more than two hours to search the iPhone, their error cannot be described as reasonable: see *Paterson*, at para. 44, citing *Buhay*, at para. 59. The law in this regard was clear before *Fearon*, just as it is now. In the absence of any explanation of the delay, searching Mr. Winchester’s iPhone without a warrant two hours after his arrest was “reckless and showed an insufficient regard for *Charter* rights”: *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, at para. 24.

[64] La Couronne a tort d’invoquer ainsi l’arrêt *Fearon*. Dans les motifs qu’il a rédigés au nom de la majorité dans cet arrêt, qui portait sur l’étendue du pouvoir reconnu en common law de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation, le juge Cromwell explique en ces termes l’état du droit, au par. 2 :

Au moins quatre solutions ont été retenues. Selon la première, le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation comprend généralement le pouvoir de fouiller des téléphones cellulaires, pourvu que la fouille soit véritablement accessoire à l’arrestation [. . .] Selon la deuxième, les fouilles « sommaires » sont permises [. . .] Selon une troisième solution, les fouilles en profondeur par vidage de données *ne* sont *pas* permises accessoirement à l’arrestation [. . .] Enfin, on a également estimé que les fouilles accessoires à l’arrestation à l’égard de téléphones cellulaires ne sont pas permises sauf en situation d’urgence, auquel cas une fouille « sommaire » est permise. [En italique dans l’original; références omises.]

[65] Aucune de ces solutions n’aurait justifié la fouille de l’iPhone de M. Winchester. Comme le juge des requêtes l’a souligné, au par. 114 de ses motifs, [TRADUCTION] « il n’y a aucun élément de preuve [. . .] quant aux raisons pour lesquelles le téléphone de M. Winchester n’aurait pas pu être la cible d’une fouille au moment de l’arrestation ou à tout le moins être désactivé [ou] pour expliquer le délai de plus de deux heures que les policiers ont laissé s’écouler avant d’examiner le téléphone ». L’examen criminel de l’iPhone de M. Winchester a violé la *Charte* non seulement en raison de son étendue, mais aussi à cause du moment où il a eu lieu. Il ressort des conclusions du juge des requêtes qu’il ne s’agissait tout simplement pas d’une fouille accessoire à une arrestation. Même si les policiers ont agi de bonne foi en attendant plus de deux heures avant de procéder à la fouille de l’iPhone, cette erreur ne saurait être qualifiée de raisonnable (voir *Paterson*, par. 44, citant *Buhay*, par. 59). Le droit était tout aussi clair à ce sujet avant l’arrêt *Fearon* qu’il l’est maintenant. À défaut d’explication pour ce délai, les agissements des policiers, qui ont attendu deux heures après l’arrestation de M. Winchester avant de fouiller son iPhone sans mandat, « relevaient de l’imprudence et témoignaient d’un manque de respect à l’égard des droits garantis par la *Charte* » (*R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494, par. 24).

[66] The police committed a serious breach of the *Charter* in examining Mr. Winchester's iPhone. That this was an infringement of Mr. Winchester's s. 8 right, not Mr. Marakah's, does not detract from its seriousness. Of course, the police also breached Mr. Marakah's s. 8 right directly when, in their search of Mr. Winchester's iPhone, they examined the contents of the electronic conversation between the two men. This, too, lacked any reasonable pretext of lawful authority. I conclude that the conduct of police in accessing and searching the electronic conversation through Mr. Winchester's iPhone was sufficiently serious to favour the exclusion of the evidence.

(2) Impact of the *Charter*-Infringing Conduct on Mr. Marakah's *Charter*-Protected Interests

[67] The impact of the *Charter*-infringing conduct on Mr. Marakah's *Charter*-protected privacy interest was significant. Though, as LaForme J.A. acknowledged, Mr. Marakah had no independent interest in Mr. Winchester's iPhone, he nonetheless had a considerable, *Charter*-protected privacy interest in his and Mr. Winchester's electronic conversation, the contents of which the illegal search of Mr. Winchester's iPhone revealed. That electronic conversation revealed private information that went to Mr. Marakah's biographical core, as I have described. Mr. Marakah had a reasonable expectation that the fact of his electronic conversation with Mr. Winchester, as well as its contents, would remain private. The *Charter*-infringing actions of police obliterated that expectation. The impact on Mr. Marakah's *Charter*-protected interest was not just substantial; it was total.

[68] I recognize that, in certain circumstances, sharing control of subject matter diminishes an individual's privacy interest therein; because Mr. Marakah shared the ability to control access to the electronic conversation with Mr. Winchester, Mr. Marakah's reasonable expectation of privacy was diminished (see

[66] Les policiers ont commis une grave violation de la *Charte* en examinant l'iPhone de M. Winchester. Le fait qu'il s'agissait d'une atteinte au droit garanti par l'art. 8 à M. Winchester, et non à celui garanti à M. Marakah, ne diminue en rien sa gravité. Bien entendu, les policiers ont également violé directement le droit garanti par l'art. 8 à M. Marakah lorsqu'en procédant à la fouille de l'iPhone de M. Winchester, ils ont examiné la teneur de la conversation électronique entre les deux hommes. Cet acte a lui aussi été accompli sans la moindre apparence de pouvoir légal. Je conclus que les actes commis par les policiers en prenant connaissance de la conversation électronique et en la cherchant par le biais de l'iPhone de M. Winchester étaient suffisamment graves pour privilégier l'exclusion des éléments de preuve.

(2) Incidence de la conduite attentatoire sur les droits reconnus par la *Charte* à M. Marakah

[67] L'incidence de l'atteinte portée au droit à la vie privée garanti par la *Charte* à M. Marakah était considérable. Même si, comme le juge LaForme l'a reconnu, M. Marakah n'avait pas d'intérêt personnel en ce qui concerne l'iPhone de M. Winchester, il avait néanmoins un important droit au respect de sa vie privée reconnu par la *Charte* dans la conversation électronique qu'il avait eue avec M. Winchester, dont le contenu avait été révélé à la suite de la fouille illégale de l'iPhone de M. Winchester. Comme je l'ai déjà expliqué, cette conversation électronique avait révélé des renseignements biographiques d'ordre privé au sujet de M. Marakah, qui s'attendait raisonnablement à ce que l'existence de sa conversation électronique avec M. Winchester, ainsi que la teneur de cette conversation, demeurent privées. Les agissements des policiers qui ont eu pour effet de violer les droits garantis à M. Marakah par la *Charte* ont réduit à néant cette attente. Cette violation a eu sur le droit en question une incidence non seulement importante, mais dévastatrice.

[68] Je reconnais que dans certains cas, le partage du contrôle sur l'objet réduit le droit d'un particulier au respect de sa vie privée à l'égard de cet objet; comme M. Marakah contrôlait avec M. Winchester l'accès à leur conversation électronique, l'attente de M. Marakah au respect de sa vie privée, bien que

*Cole*, at paras. 58 and 92), and that the impact of the search must be assessed accordingly: see *Paterson*, at para. 49; *Grant*, at para. 78; *Buhay*, at para. 65; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, at para. 40. Even so, to argue against the evidence’s exclusion on this basis would re-introduce at the s. 24(2) stage the very sort of risk analysis that this Court rejected in *Duarte*. It cannot be that the impact on an accused’s *Charter*-protected interests is less serious when an electronic conversation is illegally accessed through someone else’s phone than when the same conversation — in which the accused has the same *Charter*-protected interest — is illegally accessed through the accused’s own phone. A search may impact other, different *Charter*-protected interests of the accused if it is his phone that is examined. But, so far as the impact on the accused’s privacy interest in the *electronic conversation* is concerned, the two scenarios just described are indistinguishable.

[69] Control of access to an electronic conversation is, by definition, shared by two or more participants. If this fact is sufficient to negate the impact of an illegal search of that conversation, then this factor will tend to favour the admission of the evidence in any case where an electronic conversation has been illegally searched. This can only undermine the very privacy interest that s. 8 of the *Charter* protects. This approach must be rejected. I conclude that the impact of the *Charter*-infringing search on Mr. Marakah’s *Charter*-protected privacy interest was considerable. This factor favours exclusion.

(3) Society’s Interest in the Adjudication of the Case on Its Merits

[70] Society’s interest in the adjudication of the case on its merits is significant. The SMS messages offer highly reliable and probative evidence in the prosecution of a serious offence. Exclusion of the messages “would result in the absence of evidence

raisonnable, était moindre (voir *Cole*, par. 58 et 92), et que l’incidence de la fouille doit être évaluée en conséquence (voir *Paterson*, par. 49; *Grant*, par. 78; *Buhay*, par. 65; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, par. 40). Malgré cela, plaider contre l’exclusion des éléments de preuve en invoquant cette raison reviendrait à réintroduire à cette étape de l’examen fondé sur le par. 24(2) le type même d’analyse du risque que celui que notre Cour a rejeté dans l’arrêt *Duarte*. On ne saurait prétendre que l’impact sur les droits de l’accusé protégés par la *Charte* est moins grave lorsqu’on obtient illégalement une conversation électronique par le biais du téléphone de quelqu’un d’autre que lorsqu’on accède à la même conversation — à l’égard de laquelle l’accusé possède le même droit protégé par la *Charte* — de façon illégale au moyen du téléphone de l’accusé. Une fouille peut avoir des répercussions sur d’autres droits garantis par la *Charte* à l’accusé si c’est son téléphone qui est examiné. Mais, pour ce qui est du droit de l’accusé au respect de sa vie privée à l’égard de la *conversation électronique*, les deux scénarios que je viens d’évoquer ont des conséquences identiques.

[69] Le contrôle de l’accès à une conversation électronique est, par définition, exercé par au moins deux personnes. S’il suffit à annuler l’incidence de la recherche illégale de cette conversation, ce facteur tend alors à favoriser l’admission des éléments de preuve chaque fois qu’une conversation électronique a été obtenue à la suite d’une fouille illégale, ce qui ne peut que compromettre le droit à la vie privée même que protège l’art. 8 de la *Charte*. Cette solution doit être écartée. Je conclus que l’incidence de la fouille attentatoire sur le droit en matière de respect de la vie privée garanti par la *Charte* à M. Marakah était considérable. Ce facteur milite en faveur de l’exclusion des éléments de preuve.

(3) L’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond

[70] L’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond est important. Les messages SMS recèlent des éléments de preuve très fiables et très probants lors de la poursuite d’une infraction grave. L’exclusion des messages « entraînerait l’absence

by which the appellant could be convicted”: *Plant*, at p. 301.

[71] This factor favours admission.

(4) The Evidence Should Be Excluded

[72] As the Court recognized in *Grant*, at para. 84, “while the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious, it also has a vital interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high”. Though the exclusion of the evidence would eviscerate the Crown’s case against Mr. Marakah on serious charges, “[i]t is . . . important not to allow . . . society’s interest in adjudicating a case on its merits to trump all other considerations, particularly where . . . the impugned conduct was serious and worked a substantial impact on the appellant’s Charter right”: *Paterson*, at para. 56. That is this case.

[73] On balance, I conclude that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. It must therefore be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

E. *Should the Proviso Apply?*

[74] The Crown submits that, even if the text messages obtained from Mr. Winchester’s iPhone should be excluded, the appeal should nonetheless be dismissed on the basis of the “curative proviso” in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The proviso can apply only where the Crown satisfies the court “that the verdict would necessarily have been the same if [the] error had not occurred”: *R. v. Wildman*, [1984] 2 S.C.R. 311, at p. 328, quoting *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, at p. 744. The Crown submits that this condition is satisfied in this case because, it says, even if the text messages obtained from Mr. Winchester’s iPhone should have been excluded, the same text messages from Mr. Marakah’s BlackBerry should not have

de preuve permettant de conclure à la culpabilité de l’accusé » (*Plant*, p. 301).

[71] Ce facteur milite en faveur de l’admission en preuve des messages.

(4) Les éléments de preuve doivent être écartés

[72] Comme la Cour l’a reconnu dans *Grant*, par. 84, « si la gravité d’une infraction accroît l’intérêt du public à ce qu’il y ait un jugement au fond, l’intérêt du public en l’irréprochabilité du système de justice n’est pas moins vital, particulièrement lorsque l’accusé encourt de lourdes conséquences pénales ». Même si l’exclusion des éléments de preuve viderait de son sens la preuve que la Couronne souhaite présenter contre M. Marakah à l’appui de graves accusations, « [i]l importe [. . .] de ne pas permettre que [. . .] l’intérêt de la société dans l’instruction de l’affaire au fond [. . .] l’emporte sur toutes les autres considérations, surtout lorsque [. . .] la conduite reprochée est grave et a une grande incidence sur un droit constitutionnel de l’appelant » (*Paterson*, par. 56). C’est bien le cas en l’espèce.

[73] Tout bien considéré, j’estime que l’admission en preuve des éléments en question déconsidérerait l’administration de la justice. Ils doivent par conséquent être exclus en application du par. 24(2) de la *Charte*.

E. *La disposition réparatrice doit-elle s’appliquer?*

[74] La Couronne affirme que, même si les messages textes obtenus de l’iPhone de M. Winchester devraient être exclus, le pourvoi devrait néanmoins être rejeté en raison de la « disposition réparatrice » du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Cette disposition ne peut s’appliquer que lorsque la Couronne établit à la satisfaction du tribunal « que le verdict aurait nécessairement été le même si [l’]erreur ne s’était pas produite » (*R. c. Wildman*, [1984] 2 R.C.S. 311, p. 328, citant l’arrêt *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, p. 744). Toujours selon la Couronne, cette condition est remplie en l’espèce parce qu’à son avis, même si les messages textes récupérés de l’iPhone de M. Winchester auraient dû être exclus, les mêmes messages textes provenant du BlackBerry

been. According to the Crown, the application judge did not err in admitting the text messages from Mr. Winchester's phone; he erred in admitting the text messages from the *wrong* phone — he should have admitted them from Mr. Marakah's BlackBerry, instead. The Crown asks this Court to reverse both rulings, conclude that the text messages from Mr. Marakah's BlackBerry should have been admitted, and, by operation of the proviso, allow his convictions to stand.

[75] I would not entertain this submission. It is not open to this Court to speculate as to whether the application judge might have ruled differently on the admissibility of the text messages from Mr. Marakah's BlackBerry if he had not erred in admitting the text messages from Mr. Winchester's iPhone. The application judge made two different rulings based on his assessment of two different searches. That the searches both revealed the same text messages does not make the rulings any less distinct. Nor is it within the scope of this appeal to revisit the application judge's evidentiary decisions at large. As Doherty J.A. explained in *R. v. James*, 2011 ONCA 839, 283 C.C.C. (3d) 212, at para. 56:

The application of the *proviso* must be considered in the context of the evidence heard by the jury, not the evidence it might have heard had the trial judge made different rulings. To consider excluded evidence, even wrongly excluded evidence, in deciding whether the *proviso* should be applied, is to apply the *proviso* to a different case than the one heard by the jury. [Emphasis added.]

[76] The Crown notes that the application judge's reasons for excluding the text messages from Mr. Marakah's BlackBerry referred to his ruling admitting the text messages from Mr. Winchester's iPhone. The application judge said, at paras. 121-23:

de M. Marakah n'auraient pas dû l'être. D'après la Couronne, le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en admettant en preuve les messages textes extraits du téléphone de M. Winchester; il a eu tort d'admettre en preuve les messages textes provenant du *mauvais* téléphone : il aurait plutôt dû admettre en preuve ceux qui avaient été récupérés à partir du BlackBerry de M. Marakah. La Couronne demande à notre Cour d'infirmes les deux décisions, de conclure que les messages textes extraits du BlackBerry de M. Marakah auraient dû être admis en preuve et, par application de la disposition réparatrice, de confirmer les déclarations de culpabilité de M. Marakah.

[75] Je rejette cet argument. Il n'est pas loisible à notre Cour d'émettre des hypothèses sur la question de savoir si le juge des requêtes aurait pu rendre une décision différente sur l'admissibilité des messages textes provenant du BlackBerry de M. Marakah s'il n'avait pas commis d'erreur en admettant en preuve les messages textes récupérés à partir de l'iPhone de M. Winchester. Le juge des requêtes a rendu deux décisions distinctes après avoir évalué deux fouilles différentes. Le fait que les fouilles révélaient les mêmes messages textes ne rend pas ses décisions moins distinctes. Et il ne convient pas non plus dans le cadre du présent pourvoi de revoir les décisions que le juge des requêtes a rendues au chapitre de la preuve en général. Ainsi que le juge Doherty l'a expliqué dans l'arrêt *R. c. James*, 2011 ONCA 839, 283 C.C.C. (3d) 212, par. 56 :

[TRADUCTION] Il faut examiner l'application de la disposition réparatrice en tenant compte de la preuve entendue par le jury, et non de la preuve qu'il aurait pu entendre si le juge de première instance avait rendu des décisions différentes. Tenir compte d'éléments de preuve qui ont été écartés, même d'éléments de preuve écartés à tort, pour décider s'il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice revient à appliquer la disposition à une affaire différente de celle que le jury a instruite. [Je souligne.]

[76] La Couronne fait observer que, dans les motifs où il explique pourquoi il exclut les messages textes du BlackBerry de M. Marakah, le juge des requêtes renvoie à sa décision d'admettre en preuve les messages textes provenant de l'iPhone de M. Winchester. Voici ce que le juge des requêtes écrit, aux par. 121-123 :

Given the seriousness of the offences involved there is no question that society has a significant interest in adjudication of the charges against Mr. Marakah on the merits.

I do not understand, however, that the evidence in issue is crucial to the Crown's case. . . . The key evidence the Crown seeks to adduce at trial from what was seized [from Mr. Marakah's residence] are the text messages . . . recovered from Mr. Marakah's phone. However, the text messages in question are also on Winchester's iPhone and I have held that Mr. Marakah has no standing to challenge its seizure under the Charter. Accordingly, I do not consider that exclusion of the evidence in issue would result in the termination of the Crown's case.

Having regard to all of the three [*Grant*] factors discussed above, it is my conclusion that the admission of the evidence seized in Mr. Marakah's residence at trial would bring the administration of justice into disrepute. Accordingly, the evidence from what was seized at Mr. Marakah's residence . . . shall be excluded. [Emphasis added.]

[77] This cross-reference, the Crown says, makes this a case like *R. v. C. (W.B.)* (2000), 142 C.C.C. (3d) 490 (Ont. C.A.). At trial, the Crown sought to introduce evidence that was contained in two separate documents, a transcript and a hearsay statement. The evidence in the two documents was substantially the same. The trial judge excluded the transcript and admitted the hearsay statement. A majority of the Court of Appeal concluded that both rulings were wrong and that the proviso applied, because, as Weiler J.A. reasoned for the majority, “[t]he trial judge did not commit two separate compartmentalized errors. He committed one global error respecting the form as to which to admit similar fact evidence or evidence of prior discreditable conduct” (para. 67). This Court unanimously agreed that the proviso was properly applied: 2001 SCC 17, [2001] 1 S.C.R. 530.

[TRADUCTION] Vu la gravité des infractions en cause, il ne fait aucun doute que la société a un intérêt important à ce que les accusations portées contre M. Marakah soient jugées au fond.

Je n'estime toutefois pas que les éléments de preuve en cause sont décisifs pour la poursuite. [ . . . ] Les éléments de preuve clés que la Couronne cherche à présenter au procès parmi ce qui a été saisi [au domicile de M. Marakah] sont les messages textes [ . . . ] récupérés à partir du téléphone de M. Marakah. Cependant, les messages textes en question se trouvent également dans l'iPhone de M. Winchester et j'ai déjà jugé que M. Marakah n'a pas qualité pour en contester la saisie en vertu de *Charte*. Par conséquent, je ne considère pas que l'exclusion des éléments de preuve en question porterait un coup fatal à la cause de la Couronne.

Compte tenu des trois facteurs [de l'arrêt *Grant*] examinés précédemment, j'en viens à la conclusion que l'admission en preuve au procès des éléments saisis chez M. Marakah déconsidérerait l'administration de la justice. En conséquence, les éléments de preuve provenant de la saisie pratiquée chez M. Marakah [ . . . ] seront exclus. [Je souligne.]

[77] Selon la Couronne, ce renvoi, par le juge des requêtes, à sa décision antérieure fait en sorte que la présente espèce s'apparente à l'affaire *R. c. C. (W.B.)* (2000), 142 C.C.C. (3d) 490 (C.A. Ont.). Au procès, la Couronne a cherché à présenter des éléments de preuve qui se trouvaient dans deux documents distincts, soit une transcription et une déclaration relatée. Les éléments de preuve contenus dans ces deux documents étaient essentiellement les mêmes. Le juge de première instance a exclu la transcription et a admis la déclaration relatée. La Cour d'appel a conclu, à la majorité, que ces deux décisions étaient erronées et que la disposition réparatrice s'appliquait parce que, comme l'a expliqué la juge Weiler au nom des juges majoritaires, [TRADUCTION] « [l]e juge de première instance n'a pas commis deux erreurs distinctes. Il n'a commis qu'une seule erreur globale qui portait sur les modalités d'admission d'une preuve de faits similaires ou d'une preuve de conduite antérieure déshonorante » (par. 67). Notre Cour a convenu à l'unanimité que la disposition réparatrice avait été appliquée à bon droit (2001 CSC 17, [2001] 1 R.C.S. 530).

[78] Like the trial judge in *C. (W.B.)*, the application judge in the case at bar admitted the evidence at issue from one source (Mr. Winchester's iPhone) and excluded the same evidence from another source (Mr. Marakah's BlackBerry) in the same ruling. In both cases, the reasons given for excluding the evidence from one source referred to the decision to admit it from the other. But the present case must be distinguished nonetheless. In *C. (W.B.)*, the trial judge, having (erroneously) admitted the hearsay statement, "excluded the . . . transcript on the basis that it had become unnecessary": *C. (W.B.) (C.A.)*, at para. 4 (emphasis added). In other words, the trial judge's rulings were mirror images of one another; the transcript was excluded *because* the statement was admitted. The same cannot be said here. The application judge admitted the text messages from Mr. Winchester's iPhone because he (erroneously) concluded that Mr. Marakah lacked standing to challenge the constitutionality of the police conduct that uncovered them. The application judge excluded the text messages from Mr. Marakah's BlackBerry on an entirely separate basis. He determined that the warrant for the search of Mr. Marakah's residence — in the course of which his BlackBerry was seized — was invalid. Though the application judge acknowledged the admission of the text messages from Mr. Winchester's iPhone in his ruling excluding the text messages from Mr. Marakah's BlackBerry, it simply cannot be said that the application judge excluded the text messages from Mr. Marakah's BlackBerry *because* the text messages from Mr. Winchester's iPhone would be admitted. Indeed, as I have already concluded, the text messages from Mr. Winchester's iPhone should have been excluded even though the text messages from Mr. Marakah's BlackBerry were not admitted, notwithstanding society's interest in the adjudication of the case on the merits. The two rulings in this case cannot be construed as a single error, and so *C. (W.B.)* does not assist the Crown.

[78] À l'instar du juge de première instance dans *C. (W.B.)*, le juge des requêtes en l'espèce a admis dans la même décision les éléments de preuve en litige provenant d'une source (l'iPhone de M. Winchester) et exclu les mêmes éléments de preuve provenant d'une autre source (le BlackBerry de M. Marakah). Dans un cas comme dans l'autre, les motifs exposés pour justifier l'exclusion des éléments de preuve provenant d'une source faisaient état de la décision d'admettre les éléments de preuve provenant de l'autre source. Il y a néanmoins lieu d'établir une distinction entre cette affaire et la présente espèce. Dans l'affaire *C. (W.B.)*, après avoir admis (à tort) la déclaration relatée, le juge de première instance [TRADUCTION] « a exclu [. . .] la transcription au motif qu'elle n'était plus nécessaire » (*C. (W.B.) (C.A.)*, par. 4 (je souligne)). Autrement dit, les décisions du juge de première instance étaient le reflet l'une de l'autre; la transcription a été écartée *parce que* la déclaration avait été admise. On ne peut en dire autant en l'espèce. Le juge des requêtes a admis en preuve les messages textes récupérés de l'iPhone de M. Winchester parce qu'il avait conclu (à tort) que M. Marakah n'avait pas qualité pour contester la constitutionnalité des agissements des policiers qui avaient permis de les découvrir. Le juge des requêtes a exclu les messages textes provenant du BlackBerry de M. Marakah pour une raison tout à fait différente. Il a estimé que le mandat autorisant la perquisition du domicile de M. Marakah — au cours de laquelle le BlackBerry de ce dernier avait été saisi — était invalide. Bien que le juge des requêtes ait fait état de l'admission des messages textes extraits de l'iPhone de M. Winchester dans sa décision d'exclure les messages textes provenant du BlackBerry de M. Marakah, on ne peut tout simplement pas dire que le juge des requêtes a exclu les messages textes provenant du BlackBerry de M. Marakah *parce que* les messages textes récupérés à partir de l'iPhone de M. Winchester seraient admis en preuve. D'ailleurs, comme je l'ai déjà conclu, les messages textes provenant de l'iPhone de M. Winchester auraient dû être exclus même si les messages textes extraits du BlackBerry de M. Marakah n'ont pas été admis en preuve, et ce malgré l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Les deux décisions rendues dans la présente affaire ne peuvent être considérées comme une seule erreur; l'arrêt *C. (W.B.)* n'est donc d'aucun secours pour la Couronne.



[79] Here, the application judge’s error was in admitting the text messages from Mr. Winchester’s iPhone. Without the erroneously admitted evidence obtained from Mr. Winchester’s iPhone, Mr. Marakah would have been acquitted. He was convicted instead. To allow that conviction to stand would be a miscarriage of justice. The proviso does not apply.

### III. Conclusion and Disposition

[80] The application judge and the majority of the Court of Appeal erred in holding that Mr. Marakah had no standing to challenge the admission of the SMS messages obtained from Mr. Winchester’s iPhone. Mr. Marakah reasonably expected that his electronic conversation with Mr. Winchester would remain private, even though it could be accessed through Mr. Winchester’s mobile device. That reasonable expectation was protected by s. 8 of the *Charter*.

[81] The Crown concedes that, if Mr. Marakah had standing, the search was unreasonable and violated Mr. Marakah’s right under s. 8. It follows that the evidence is *prima facie* inadmissible. Since I conclude that its admission against Mr. Marakah would bring the administration of justice into disrepute, it must be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The curative proviso does not apply.

[82] I would allow the appeal, set aside the convictions and enter acquittals on all charges.

The following are the reasons delivered by

[83] ROWE J. — Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides that “[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.” To ground a claim under s. 8, individuals must establish that they have a reasonable expectation of privacy in the subject matter being

[79] En l’espèce, l’erreur du juge des requêtes consiste à avoir admis en preuve les messages textes provenant de l’iPhone de M. Winchester. Sans les éléments de preuve récupérés de l’iPhone de M. Winchester qui ont été admis à tort en preuve, M. Marakah aurait été acquitté au lieu d’être déclaré coupable. Confirmer cette déclaration de culpabilité constituerait une erreur judiciaire. La disposition réparatrice ne s’applique pas.

### III. Conclusion et dispositif

[80] Le juge des requêtes et la majorité de la Cour d’appel ont commis une erreur en concluant que M. Marakah n’avait pas qualité pour contester l’admission en preuve des messages SMS obtenus de l’iPhone de M. Winchester. M. Marakah s’attendait raisonnablement à ce que sa conversation électronique avec M. Winchester demeure privée, même si les policiers pouvaient en prendre connaissance par le truchement de l’appareil mobile de M. Winchester. Cette attente raisonnable était protégée par l’art. 8 de la *Charte*.

[81] La Couronne admet que si M. Marakah avait qualité pour agir, la fouille était abusive et violait le droit reconnu à M. Marakah par l’art. 8. Il s’ensuit que les éléments de preuve recueillis sont inadmissibles à première vue. Comme je conclus que leur admission en preuve contre M. Marakah serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, ces éléments de preuve doivent être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*. La disposition réparatrice ne s’applique pas.

[82] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler les déclarations de culpabilité et de prononcer l’acquiescement à l’égard de tous les chefs d’accusation.

Version française des motifs rendus par

[83] LE JUGE ROWE — L’article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dispose que « [c]haque un a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. » Pour justifier un recours fondé sur l’art. 8, le demandeur doit établir qu’il a une attente raisonnable au respect de

searched. Once that expectation is established, the individual claimant gains standing, which allows them to challenge the lawfulness of a search or seizure and to seek to exclude unlawfully obtained evidence under s. 24(2) of the *Charter*. As noted by the Chief Justice, however, “[s]tanding is merely the opportunity to argue one’s case. It does not follow that the [claimant’s] argument will succeed, or that the search . . . will be found to violate s. 8” (para. 51).

[84] The existence of a reasonable expectation of privacy depends on the “totality of the circumstances” with reference to four factors: the subject matter of the search, the claimant’s interest in the subject matter at stake, the claimant’s subjective expectation of privacy in that subject matter, and the objective reasonableness of that expectation: *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 18; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 40; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 27; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 42. This final factor — the objective reasonableness of the expectation — is assessed by a number of considerations that vary according to the circumstances of each case.

[85] In this case, both the Chief Justice and Justice Moldaver assess the objective reasonableness of the expectation of privacy of the appellant, Mr. Marakah, on the basis of three considerations: the place of the search, the private nature of the subject matter, and control over the subject matter. The crux of their disagreement is the importance of control in this analysis. The Chief Justice takes the view that Mr. Marakah and his accomplice, Mr. Winchester, *shared control* over their electronic conversation and that this is “only one factor to be considered in the totality of the circumstances” (para. 44). Justice Moldaver, by contrast, considers control to be the decisive variable of the analysis on the basis that “when it comes to the reasonableness of a person’s expectation of privacy in a communication — including text message conversations — control is a crucial contextual factor” (para. 117). He reasons that by virtue of Mr. Marakah having *no control* over his message, his

sa vie privée relativement à l’objet de la fouille. Une fois que l’existence de cette attente est établie, le demandeur obtient la qualité pour agir qui lui permet de contester la légalité d’une perquisition, d’une fouille ou d’une saisie et de chercher à faire écarter, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve obtenus illégalement. Comme l’a souligné la Juge en chef, cependant, « [l]a qualité pour agir ne confère que la possibilité de faire valoir son point de vue. Cela ne veut pas dire pour autant que l’argument [du demandeur] sera retenu ou que [la fouille] sera jugée contraire à l’art. 8 » (par. 51).

[84] L’existence d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dépend de l’« ensemble des circonstances », soit quatre facteurs : l’objet de la fouille, l’intérêt du demandeur dans l’objet en question, l’attente subjective du demandeur au respect de sa vie privée à l’égard de cet objet et le caractère objectivement raisonnable de cette attente (*R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 18; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 40; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 27; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 42). Ce dernier facteur — le caractère objectivement raisonnable de l’attente — est évalué à l’aune de considérations qui varient selon les circonstances de chaque cas.

[85] En l’espèce, tant la Juge en chef que le juge Moldaver évaluent le caractère objectivement raisonnable de l’attente de l’appellant, M. Marakah, au respect de sa vie privée en s’appuyant sur trois considérations : le lieu fouillé, le caractère privé de l’objet et le contrôle sur celui-ci. Leur désaccord porte essentiellement sur l’importance que revêt le contrôle dans cette analyse. La Juge en chef se dit d’avis que M. Marakah et son complice, M. Winchester, *se partageaient le contrôle* de leur conversation électronique et que ce « n’est qu’un des facteurs à prendre en considération parmi l’ensemble des circonstances » (par. 44). Pour sa part, le juge Moldaver estime que le contrôle est la variable décisive de l’analyse car, « en ce qui concerne le caractère raisonnable de l’attente d’une personne au respect de sa vie privée à l’égard d’une communication — telle une conversation par message texte —, le contrôle est un élément contextuel crucial » (par. 117). Il

expectation of privacy was not objectively reasonable.

[86] The technological means by which we communicate continue to change. An approach based on the totality of circumstances responds to such change because “the broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 is meant to keep pace with technological development”: *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 44. Digital communication inherently limits the control we have over the messages we send, as it inevitably creates a record that is beyond our control. While the same may be true of letters, for example, courts should analogize with care when comparing such different modes of communication. As this Court held in *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657:

The privacy interests implicated by computer searches are markedly different from those at stake in searches of receptacles such as cupboards and filing cabinets. Computers potentially give police access to vast amounts of information that users cannot control, that they may not even be aware of or may have chosen to discard and which may not be, in any meaningful sense, located in the place of the search. [Emphasis added; para. 24.]

[87] Similar considerations apply to the search of text messages. The quantity of information they contain and the speed at which they are transmitted give text messages a conversational quality that differs markedly from letters. For this reason, text messages are akin to a digital conversation. The modalities of texting *inherently* limited Mr. Marakah in his capacity to exercise control over the record of his conversation with Mr. Winchester. This *alone* should not be fatal to his reasonable expectation of privacy.

[88] The general approach set out by the Chief Justice with respect to the existence of a reasonable

estime que, comme M. Marakah n’exerçait *aucun contrôle* sur son message, son attente au respect de sa vie privée n’était pas objectivement raisonnable.

[86] Les moyens technologiques par lesquels nous communiquons continuent de changer. Une approche fondée sur l’ensemble des circonstances répond à ce changement parce que « le droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l’art. 8 doit évoluer au rythme des progrès technologiques » (*R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 44). La communication numérique limite de par sa nature même le contrôle que nous exerçons sur les messages que nous envoyons, vu qu’elle crée forcément un historique qui échappe à notre contrôle. Bien que cela vaille aussi pour les lettres, par exemple, les tribunaux devraient procéder avec soin lorsqu’ils comparent des moyens de communication aussi différents. Comme l’a dit la Cour dans *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657 :

Les intérêts en matière de respect de la vie privée que met en jeu la fouille des ordinateurs diffèrent nettement de ceux en cause lors de la fouille de contenants tels des placards et des classeurs. En effet, les ordinateurs sont susceptibles de donner aux policiers accès à de vastes quantités de données sur lesquelles les utilisateurs n’ont aucune maîtrise, dont ils ne connaissent peut-être même pas l’existence ou dont ils peuvent avoir choisi de se départir, et qui d’ailleurs pourraient fort bien ne pas se trouver concrètement dans le lieu fouillé. [Je souligne; par. 24.]

[87] Des considérations similaires s’appliquent à la recherche de messages textes. La quantité des renseignements qu’ils contiennent et la vitesse à laquelle ils sont transmis leur confèrent une qualité de conversation qui diffère nettement de celle des lettres. C’est pourquoi les messages textes s’apparentent à une conversation numérique. Les modalités du textage limitaient *de par leur nature même* la capacité de M. Marakah d’exercer un contrôle sur l’historique de la conversation qu’il avait eue avec M. Winchester. Ce fait ne devrait pas, *à lui seul*, être fatal à son attente raisonnable au respect de sa vie privée.

[88] L’approche générale énoncée par la Juge en chef quant à l’existence d’une attente raisonnable

expectation of privacy accords with the jurisprudence of this Court. Applying that approach to the facts of this case, I would agree that Mr. Marakah has standing.

[89] That being said, I share the concerns raised by Justice Moldaver as to the consequences of this decision on standing. If the sender has a reasonable expectation of privacy in the record of his digital conversation, what happens when the recipient wants to show that record to the police? Are we opening the door to challenges by senders of text messages to the voluntary disclosure of those messages by recipients? As Justice Moldaver suggests, this would lead to the perverse result where the voluntary disclosure of text messages received by a complainant could be challenged by a sender who is alleged to have abused the complainant. Furthermore, what Justice Moldaver refers to as large project prosecutions — often with multiple accused allegedly involved in organized crime — would become more complex and might collapse under their own weight if each accused gains standing to challenge the admissibility of messages received by any other person involved in the alleged offence. I see no way within the confines of this case to deal with these concerns, as they do not arise here on the facts. I would say only that principle and practicality must not be strangers in the application of s. 8 or we might well thwart justice in the course of seeking to achieve it.

[90] In the end, I concur with the Chief Justice.

The reasons of Moldaver and Côté JJ. were delivered by

MOLDAVER J. (dissenting) —

#### I. Overview

[91] Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees “[e]veryone . . . the right

en matière de respect de la vie privée est conforme à la jurisprudence de la Cour. Après avoir appliqué cette approche aux faits de l’espèce, je conviens que M. Marakah a qualité pour agir.

[89] Cela dit, je partage les préoccupations exprimées par le juge Moldaver au sujet des conséquences de cette décision sur la qualité pour agir. Si l’expéditeur a une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard de l’historique de sa conversation numérique, qu’arrive-t-il quand le destinataire veut montrer cet historique aux policiers? Permettons-nous aux expéditeurs de messages textes de contester la divulgation volontaire de ces messages par leurs destinataires? Comme le laisse entendre le juge Moldaver, on obtiendrait alors le résultat pervers que la divulgation volontaire des messages textes que reçoit le plaignant peut être contestée par un expéditeur qui lui aurait infligé des sévices. En outre, ce que le juge Moldaver appelle les projets de poursuites de grande envergure — qui mettent souvent en cause de nombreux accusés prétendument mêlés au crime organisé — deviendraient plus complexes et risqueraient de s’effondrer sous leur propre poids si chaque accusé se voyait accorder qualité pour contester l’admissibilité en preuve de messages reçus par une autre personne mêlée à l’infraction reprochée. Je ne vois pas comment on peut traiter de ces préoccupations dans le cadre de la présente affaire, car elles ne se posent pas au vu des faits. Je me contenterai de dire que les considérations de principe et les considérations pratiques ne doivent pas s’exclure les unes des autres dans l’application de l’art. 8, sinon nous pourrions bien faire obstacle à la justice en tentant de la rendre.

[90] En dernière analyse, je partage l’avis de la Juge en chef.

Version française des motifs des juges Moldaver et Côté rendus par

LE JUGE MOLDAVER (dissident) —

#### I. Aperçu

[91] Aux termes de l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, « [c]hacun a droit à la

to be secure against unreasonable search or seizure.” The protection guaranteed by s. 8 strikes a balance between the privacy rights of individuals and the public interest in law enforcement. In this appeal, the Court is called upon to consider that balance as it applies to text message conversations stored on personal devices.

[92] Text messaging is a ubiquitous form of electronic communication in modern-day society. It is frequently used to convey intimate and deeply personal information. The question in this appeal is not whether text messaging is private — clearly, it is. The police cannot intercept text messages without obtaining a judicial authorization under Part VI of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46; a production order is necessary to obtain disclosure of text message conversations held by a service provider (see *R. v. Jones*, 2017 SCC 60, [2017] 2 S.C.R. 696); and the police require lawful authority to access text message conversations stored on a personal device.<sup>2</sup> In each of these contexts, the police are governed by the constitutional protections of s. 8 of the *Charter*.

[93] This appeal is about standing.<sup>3</sup> In particular, it asks whether an accused has standing to challenge the search and seizure of text message conversations stored on another person’s cellphone. The fact that text message conversations are private in nature,

protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. » La protection garantie par l’art. 8 établit un équilibre entre le droit à la vie privée des particuliers et l’intérêt public à ce que la loi soit appliquée. Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à examiner cet équilibre dès lors qu’il s’applique aux conversations par message texte enregistrées dans des appareils personnels.

[92] Les communications électroniques par message texte sont omniprésentes dans la société actuelle. Elles sont couramment utilisées pour transmettre des renseignements intimes et très personnels. Il ne s’agit pas de savoir, dans le présent pourvoi, si la messagerie texte est privée; de toute évidence, elle l’est. La police ne peut intercepter de messages textes sans avoir obtenu une autorisation judiciaire prévue à la partie VI du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46; il lui faut une ordonnance de communication pour qu’on lui divulgue les conversations par message texte conservées par un fournisseur de services (voir *R. c. Jones*, 2017 CSC 60, [2017] 2 R.C.S. 696); et elle doit obtenir une autorisation légale pour prendre connaissance des conversations par message texte enregistrées dans un appareil personnel<sup>2</sup>. Dans chacun de ces contextes, la police est assujettie aux protections constitutionnelles de l’art. 8 de la *Charte*.

[93] Le présent pourvoi porte sur la qualité pour agir<sup>3</sup>. En particulier, il soulève la question de savoir si un accusé a qualité pour contester la recherche et la saisie de conversations par message texte enregistrées dans le téléphone cellulaire d’une autre

<sup>2</sup> This should not be read as excluding other exceptional forms of lawful authorization for a search, such as under ss. 184.1 and 184.4 of the *Code*.

<sup>3</sup> Note that standing under s. 8 is distinct from the general standing that accused persons have to contest the admissibility of evidence tendered against them: see the comments of Doherty J.A. in *R. v. Belnavis* (1996), 29 O.R. (3d) 321 (C.A.), at p. 330, aff’d [1997] 3 S.C.R. 341. Nothing prevents an accused from bringing a s. 8 argument; however that argument will not gain a foothold if the accused does not establish, as a preliminary requirement for s. 8 purposes, that he or she has a reasonable expectation of *personal* privacy in the subject matter of the alleged search or seizure. That said, as I will explain, a lack of standing for s. 8 purposes does not foreclose an accused from challenging, in appropriate circumstances, the admissibility of evidence seized by the police under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

<sup>2</sup> Il ne faut pas en conclure que les autres formes exceptionnelles d’autorisation légale en matière de fouilles sont exclues, notamment celles prévues aux art. 184.1 et 184.4 du *Code*.

<sup>3</sup> Il convient de signaler que la qualité pour agir en vertu de l’art. 8 se distingue de la qualité générale des accusés pour contester l’admissibilité de la preuve produite contre eux : voir les propos du juge Doherty dans *R. c. Belnavis* (1996), 29 O.R. (3d) 321 (C.A.), p. 330, conf. par [1997] 3 R.C.S. 341. Rien n’empêche l’accusé de présenter un argument fondé sur l’art. 8; cet argument sera toutefois dépourvu de fondement si l’accusé n’établit pas, en guise de condition préalable à l’application de l’art. 8, qu’il a une attente raisonnable au respect de sa vie privée *personnelle* à l’égard de l’objet de la prétendue fouille, perquisition ou saisie. Cela dit, comme je l’expliquerai, l’absence de qualité pour agir en ce qui concerne l’art. 8 n’empêche pas l’accusé de contester en vertu de l’art. 7 et de l’al. 11(d) de la *Charte*, lorsque les circonstances s’y prêtent, l’admissibilité des éléments de preuve saisis par les policiers.

such that their inspection by the police will constitute a search under s. 8, does not mean that *anyone* has standing to challenge that search. Section 8 is a personal right. To bring a s. 8 challenge, an accused must show that his or her personal privacy right under s. 8 has been violated. More precisely, an accused must show that he or she has a reasonable expectation of *personal* privacy in the subject matter of the search.

[94] In this case, the subject matter of the search is the text message conversations between the appellant, Nour Marakah, and his associate, Andrew Winchester. The two men exchanged a number of text messages pertaining to the illicit purchase and sale of firearms. They were both arrested, and in the process, the police seized their cellphones. A record of their text message conversations was later recovered from each of their phones.

[95] Mr. Marakah brought s. 8 challenges against the search of his phone and the search of Mr. Winchester's phone. Justice Pattillo, the pre-trial application judge ("application judge"), found that the search of Mr. Marakah's phone was unreasonable and he excluded the evidence obtained from it under s. 24(2) of the *Charter*: application judge's reasons, reproduced in A.R., at pp. 1-27. As for the search of Mr. Winchester's phone ("Winchester search"), while the application judge concluded that the search was unreasonable under s. 8, he found that Mr. Marakah lacked standing to pursue a s. 8 challenge. Accordingly, he ruled that the text message conversations recovered from the Winchester search were admissible. At trial, the trial judge, O'Marra J., used this evidence against Mr. Marakah in convicting him of two counts of trafficking in firearms, conspiracy to traffic in firearms, possession of a loaded restricted firearm, and possession of a firearm without a valid licence: trial reasons, reproduced in R.R., at pp. 1-26. Two further counts of conspiracy to traffic in firearms were conditionally stayed. Mr. Marakah was

personne. Le fait que ces conversations sont de nature privée et que leur inspection par les policiers constitue donc une fouille au sens de l'art. 8 ne signifie pas que *toute personne* a qualité pour contester cette fouille. L'article 8 confère un droit personnel. Pour présenter une contestation fondée sur l'art. 8, l'accusé doit démontrer la violation du droit au respect de sa vie privée personnelle que lui garantit l'art. 8. Plus précisément, il doit établir une attente raisonnable au respect de sa vie privée *personnelle* à l'égard de l'objet de la fouille.

[94] En l'espèce, la fouille vise les conversations par message texte entre l'appelant, Nour Marakah, et son associé, Andrew Winchester. Les deux hommes ont échangé plusieurs messages textes concernant l'achat et la vente illicites d'armes à feu. Ils ont tous les deux été arrêtés et, lors de cette arrestation, la police a saisi leurs téléphones cellulaires. Le relevé contenant leurs conversations par message texte a pu ensuite être récupéré à partir de chacun de leurs téléphones.

[95] M. Marakah a contesté la fouille de son téléphone et celle du téléphone de M. Winchester sur le fondement de l'art. 8. Le juge Pattillo, le juge des requêtes préliminaires (« juge des requêtes »), a conclu que la fouille du téléphone de M. Marakah était abusive et a exclu, en application du par. 24(2) de la *Charte*, la preuve obtenue à la suite de cette fouille (motifs du juge des requêtes, reproduits dans le d.a., p. 1-27). Quant à la fouille du téléphone de M. Winchester (« fouille Winchester »), le juge des requêtes a conclu qu'elle était abusive au sens de l'art. 8, mais que M. Marakah n'avait pas qualité pour la contester sur le fondement de la même disposition. Il a donc statué que les messages textes récupérés lors de la fouille Winchester étaient admissibles. Au procès, le juge O'Marra s'est servi de cette preuve pour déclarer M. Marakah coupable de deux chefs de trafic d'armes à feu, de complot en vue de faire le trafic d'armes à feu, de possession d'une arme à feu chargée à autorisation restreinte et de possession d'une arme à feu sans permis valide (motifs de première instance, reproduits dans le

sentenced to imprisonment for nine years, less credit for pre-sentence custody: 2015 ONSC 1576.

[96] Mr. Marakah appealed from his convictions, arguing that the application judge erred in holding that he lacked standing to challenge the Winchester search and in refusing to exclude the evidence obtained from that search under s. 24(2). Writing for a majority of the Court of Appeal for Ontario, MacPherson J.A. agreed with the application judge on the issue of standing: 2016 ONCA 542, 131 O.R. (3d) 561. In dissent, LaForme J.A. concluded that Mr. Marakah had standing to challenge the Winchester search. He accepted the application judge's finding that the Winchester search was unreasonable and determined that the evidence obtained from it, which was used to implicate Mr. Marakah in the various firearms offences, should be excluded.

[97] For reasons that follow, I agree with both the application judge and the majority of the Court of Appeal that, in the circumstances, Mr. Marakah lacked standing to challenge the Winchester search. Both legal and policy considerations lead me to this conclusion.

[98] From a legal standpoint, the reasonableness of a person's expectation of privacy depends on the nature and strength of that person's connection to the subject matter of the search. This connection must be examined by looking at the totality of the circumstances in a particular case. Control over the subject matter in the circumstances is a crucial factor in assessing an individual's personal connection to it. Where an individual lacks any measure of control, this serves as a compelling indicator that an expectation of personal privacy is unreasonable, and that the individual does not have standing to challenge the search.

d.i., p. 1-26). Deux autres chefs de complot en vue de se livrer au trafic d'armes à feu ont fait l'objet d'une suspension conditionnelle. M. Marakah a été condamné à neuf ans d'emprisonnement, moins le temps crédité pour la détention présentencielle (2015 ONSC 1576).

[96] M. Marakah a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité, soutenant que le juge des requêtes avait commis une erreur en concluant qu'il n'avait pas qualité pour contester la fouille Winchester et en refusant d'exclure, en application du par. 24(2), la preuve obtenue à la suite de cette fouille. S'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge MacPherson a souscrit à l'opinion du juge des requêtes sur la question de la qualité pour agir (2016 ONCA 542, 131 O.R. (3d) 561). Le juge LaForme, dissident, a conclu que M. Marakah avait qualité pour contester la fouille Winchester. Il a fait sienne la conclusion du juge des requêtes selon laquelle la fouille Winchester était abusive, et a décidé qu'il y avait lieu d'exclure la preuve obtenue grâce à cette fouille et ayant servi à impliquer M. Marakah dans la perpétration des différentes infractions relatives aux armes à feu.

[97] Pour les motifs qui suivent, je conviens avec le juge des requêtes et la majorité de la Cour d'appel que, dans les circonstances, M. Marakah n'avait pas qualité pour contester la fouille Winchester. Des considérations juridiques et de politique générale m'amènent à cette conclusion.

[98] Sur le plan juridique, le caractère raisonnable de l'attente d'une personne au respect de sa vie privée dépend de la nature et de la solidité du lien de cette personne avec l'objet de la fouille. Il faut examiner le lien en question en étudiant l'ensemble des circonstances dans un cas donné. Le contrôle sur l'objet de la fouille dans les circonstances est un facteur crucial quand il s'agit d'évaluer le lien personnel d'un individu avec cet objet. L'absence de tout contrôle indique de manière convaincante qu'une attente en matière de respect de la vie privée est déraisonnable et que l'intéressé n'a pas qualité pour contester la fouille ou la perquisition.

[99] Here, Mr. Marakah had no control whatsoever over the text message conversations on Mr. Winchester's phone. Mr. Winchester had complete autonomy over those conversations. He was free to disclose them to anyone he wished, at any time, and for any purpose. To say that Mr. Marakah had a reasonable expectation of personal privacy in the text message conversations despite his total lack of control over them severs the interconnected relationship between privacy and control that has long formed part of our s. 8 jurisprudence. It is equally at odds with the fundamental principle that individuals can and will share information as they see fit in a free and democratic society.

[100] From the standpoint of policy, granting Mr. Marakah standing in these circumstances would vastly expand the scope of persons who can bring a s. 8 challenge. The Chief Justice, speaking for a majority of the Court, adopts an approach to s. 8 that has no ascertainable bounds and threatens a sweeping expansion of s. 8 standing. This carries with it a host of foreseeable consequences that will add to the complexity and length of criminal trial proceedings and place even greater strains on a criminal justice system that is already overburdened. Worse yet, expanding the scope of persons who can bring a s. 8 challenge risks disrupting the delicate balance that s. 8 strives to achieve between privacy and law enforcement interests, particularly in respect of offences that target the most vulnerable members of our society, including children, the elderly, and people with mental disabilities. In my view, the logic of the Chief Justice's approach leads inexorably to the conclusion that a sexual predator who sends sexually explicit text messages to a child, or an abusive partner who sends threatening text messages to his or her spouse, has a reasonable expectation of privacy in those messages on that child or spouse's phone. With respect, I cannot accept this result.

[99] En l'espèce, M. Marakah n'exerçait absolument aucun contrôle sur les conversations par message texte enregistrées dans le téléphone de M. Winchester. Ce dernier jouissait d'une liberté complète vis-à-vis de ces conversations. Il était libre de les divulguer à qui bon lui semblait, en tout temps et à toute fin. Affirmer que M. Marakah avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l'égard des conversations par message texte malgré son absence totale de contrôle sur celles-ci rompt l'interconnexion entre la vie privée et le contrôle qui fait depuis longtemps partie de notre jurisprudence sur l'art. 8. En outre, cette affirmation va à l'encontre de la proposition fondamentale suivant laquelle, dans une société libre et démocratique, les gens peuvent communiquer, et communiqueront, les renseignements qu'ils jugent à propos de communiquer.

[100] Sur le plan de la politique générale, reconnaître à M. Marakah la qualité pour agir dans les circonstances étendrait considérablement l'éventail des personnes habiles à présenter une contestation fondée sur l'art. 8. Au nom de la majorité de la Cour, la Juge en chef aborde l'art. 8 d'une manière qui a des contours indéfinissables et risque d'élargir considérablement la qualité pour agir en vertu de l'art. 8. Cette approche comporte son lot de conséquences prévisibles qui compliqueront et prolongeront les procès criminels, en plus d'exercer des pressions encore plus fortes sur un système de justice pénale déjà surchargé. Pire encore, étendre l'éventail des personnes habiles à présenter une contestation fondée sur l'art. 8 risque de perturber l'équilibre délicat que cet article vise à atteindre entre le droit au respect de la vie privée et l'intérêt à appliquer la loi, surtout dans le cas des infractions ciblant les membres les plus vulnérables de notre société, dont les enfants, les aînés et les gens qui souffrent d'une déficience mentale. À mon avis, la logique de l'approche adoptée par la Juge en chef conduit inexorablement à la conclusion selon laquelle le prédateur sexuel qui envoie des messages textes sexuellement explicites à un enfant, ou la personne violente qui adresse des messages textes menaçants à son conjoint ou à sa conjointe, a une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard de ces messages dans le téléphone de l'enfant ou du conjoint en question. Soit dit en tout respect, je ne puis accepter ce résultat.



[101] I would dismiss the appeal and uphold Mr. Marakah’s convictions.

## II. Analysis

### A. *The Issue in This Case Is Standing*

#### (1) Introduction

[102] A person who seeks to challenge police conduct under s. 8 of the *Charter* must establish the existence of a reasonable expectation of privacy in the subject matter of the alleged police search. To meet this requirement, the person must show that he or she had a subjective expectation of privacy in the subject matter and that this expectation was objectively reasonable in the circumstances: *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 18; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 40; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 32; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 27. This case turns on the latter of these two requirements, namely: whether Mr. Marakah had an objectively reasonable expectation of privacy in the text message conversations between him and Mr. Winchester.

[103] I hasten to point out that the issue in this appeal is not whether a text message conversation can ever attract a reasonable expectation of privacy — clearly it can. Both police interception of text message conversations and police inspection of a private record of text messages amount to searches under s. 8 of the *Charter*, and the police require lawful authority to conduct them: see *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621 (inspection of text messages); and *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3 (interception of text messages).

[104] To be clear, the issue in this appeal is whether Mr. Marakah has standing to challenge the search of the text message conversations on

[101] Je rejetterais le pourvoi et confirmerais les déclarations de culpabilité de M. Marakah.

## II. Analyse

### A. *Le présent pourvoi porte sur la qualité pour agir*

#### (1) Introduction

[102] Quiconque conteste la conduite de la police sur le fondement de l’art. 8 de la *Charte* doit établir l’existence d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l’égard de l’objet de la prétendue fouille policière. Pour satisfaire à cette exigence, la personne doit démontrer qu’elle s’attendait subjectivement au respect de sa vie privée quant à l’objet de la fouille et que cette attente était objectivement raisonnable dans les circonstances (*R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 18; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 40; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 32; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 27). La présente affaire porte sur la dernière de ces deux exigences, à savoir : M. Marakah avait-il une attente objectivement raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard des conversations par message texte qu’il avait échangées avec M. Winchester?

[103] Je m’empresse de souligner qu’il ne s’agit pas de savoir en l’espèce s’il est possible qu’une conversation par message texte suscite une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée; de toute évidence, elle le peut. Tant l’interception policière de ces conversations que l’inspection policière d’un relevé contenant des messages textes privés équivalent à des fouilles au sens de l’art. 8 de la *Charte* et la police doit obtenir une autorisation légale pour procéder à des fouilles de ce genre (voir *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621 (inspection de messages textes); et *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3 (interception de messages textes)).

[104] En clair, la question en l’espèce consiste à savoir si M. Marakah a qualité pour contester la recherche des conversations par message texte dans le

Mr. Winchester’s phone. In that regard, while the subject matter of a police search may be private in nature, it does not follow that an individual with *any connection* to that subject matter has standing to challenge the search: *R. v. Pugliese* (1992), 8 O.R. (3d) 259 (C.A.), at pp. 266-67. Rather, as I will explain, in assessing whether a person can assert a reasonable expectation of *personal* privacy over the subject matter of the search, the nature and strength of the person’s connection to the subject matter must be examined with an eye to the specific circumstances of the case.

(2) The Two Inquiries Addressed by the Reasonable Expectation of Privacy Test

[105] The existence of a reasonable expectation of privacy has generally been framed as a single issue. However, the determination of whether there is a reasonable expectation of privacy addresses two distinct inquiries: (1) whether the police activity in question amounts to a “search” or “seizure” such that s. 8 of the *Charter* is triggered (“search inquiry”); and (2) whether an individual has standing to challenge a particular search (“standing inquiry”). Each inquiry fulfills a distinct purpose in the s. 8 analysis.

[106] The search inquiry is objective in nature. It asks whether the subject matter of the alleged police search is private in nature, such that *someone* may, in the circumstances, hold a reasonable expectation of privacy in it: see *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at pp. 50-51; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 19; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293; *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321, at para. 86. In the present case, no issue is taken with the fact that the Winchester search amounted to a “search or seizure” within the scope of s. 8. Text message conversations are objectively private in nature and constitutionally protected by s. 8. They may, and often will, contain intimate and deeply personal information that is central to one’s biographical core. When text message conversations

téléphone de M. Winchester. À cet égard, bien que l’objet d’une fouille policière puisse être de nature privée, cela ne veut pas dire que *toute* personne *ayant un lien* avec cet objet a qualité pour contester la fouille (*R. c. Pugliese* (1992), 8 O.R. (3d) 259 (C.A.), p. 266-267). Au contraire, comme je vais l’expliquer, il faut examiner la nature et la solidité du lien de la personne avec l’objet de la fouille eu égard aux circonstances précises de l’affaire pour juger si la personne peut prétendre à une attente raisonnable au respect de sa vie privée *personnelle* à l’égard de cet objet.

(2) Les deux questions abordées par le critère de l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée

[105] On considère de façon générale que l’existence d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée se résume à une seule question. Cependant, pour décider s’il existe pareille attente raisonnable, il faut répondre à deux questions distinctes : (1) l’activité policière en cause équivaut-elle à une « fouille ou perquisition » ou à une « saisie » de nature à déclencher l’application de l’art. 8 de la *Charte* (« question de la fouille »)? et (2) la personne concernée a-t-elle qualité pour contester cette fouille (« question de la qualité pour agir »)? Chacune de ces questions joue un rôle distinct dans l’analyse fondée sur l’art. 8.

[106] La question de la fouille est de nature objective. Il s’agit de savoir si l’objet de la fouille policière contestée est de nature privée, de sorte que *quelqu’un* peut, dans les circonstances, avoir une attente raisonnable au respect de sa vie privée à son égard (voir *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 50-51; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 19; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293; *R. c. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321, par. 86). Dans le cas qui nous occupe, nul ne conteste le fait que la fouille Winchester était assimilable à « [une] fouill[e], [à une] perquisitio[n] ou [à une] saisi[e] » relevant de l’art. 8. Les conversations par message texte sont objectivement de nature privée et bénéficient de la protection constitutionnelle de l’art. 8. Elles peuvent contenir, et

are sheltered from public access on a personal phone, there is no basis for arguing that they are not private in nature, such that the police would be relieved from having to comply with s. 8 of the *Charter*: see *Fearon*, at paras. 51-54.

[107] In cases where it is obvious that the police activity in question amounts to a search or seizure under s. 8 of the *Charter* — such as here — the real question is whether an individual claimant has standing to challenge the search. Homes, vehicles and computers are prime examples of objectively private subject matter that fall within the protection of s. 8 of the *Charter*. But this does not settle the question of standing, which may entail a separate inquiry. *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, serves as an example. In that case, the main issue facing the Court was whether a boyfriend had standing to challenge a search of his girlfriend's apartment. Likewise, in *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, a passenger's standing to challenge a vehicle search was in issue. In addition, in *Cole*, the Court considered whether an employee had standing to challenge a search of his work-issued computer.

[108] Standing is premised on the notion that not everyone can challenge police conduct that amounts to a search or seizure under s. 8 of the *Charter*. In *Edwards*, this Court indicated that a person must have standing to challenge a search under s. 8 because s. 8 is a personal right — it protects people, not places (para. 45). In addition, a claim for relief under s. 24(2) of the *Charter* can only be made by the person whose *Charter* rights have been infringed (*ibid.*). As a result, a particular claimant will only have the right to challenge a search under s. 8 where he or she can establish a reasonable expectation of *personal* privacy in the subject matter of the search: *Edwards*, at paras. 45 and 51; *Pugliese*, at

contiennent bien souvent, de l'information intime et très personnelle se situant au cœur des renseignements biographiques d'une personne. Rien ne permet de soutenir que les conversations par message texte à l'abri du public sur un téléphone personnel ne sont pas de nature privée et que la police n'est pas tenue dans un tel cas de respecter l'art. 8 de la *Charte* (voir *Fearon*, par. 51-54).

[107] Dans les cas où il est évident que l'activité policière en cause équivaut à une fouille, à une perquisition ou à une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte* — comme en l'espèce — la véritable question qui se pose est de savoir si le demandeur a qualité pour contester la fouille ou la perquisition. Les résidences, les véhicules et les ordinateurs sont tous des exemples par excellence d'objets objectivement privés qui bénéficient de la protection de l'art. 8 de la *Charte*. Toutefois, la question de la qualité pour agir demeure entière, ce qui peut commander une analyse distincte. Citons l'exemple de l'affaire *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, où la principale question dont était saisie la Cour consistait à savoir si un petit ami pouvait contester la perquisition de l'appartement de sa petite amie. De même, l'arrêt *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, portait sur la qualité de la passagère d'un véhicule de contester la fouille de celui-ci. Par ailleurs, dans l'arrêt *Cole*, la Cour s'est demandé si un employé avait qualité pour contester la fouille de l'ordinateur fourni pour son travail.

[108] La qualité pour agir repose sur l'idée que tout le monde ne peut pas contester une conduite policière qui équivaut à une fouille, à une perquisition ou à une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Dans *Edwards*, notre Cour a précisé qu'une personne doit avoir qualité pour contester une fouille ou une perquisition au titre de l'art. 8 parce que cet article confère un droit personnel : il protège les gens, et non les lieux (par. 45). En outre, une demande de réparation fondée sur le par. 24(2) de la *Charte* ne peut être présentée que par la personne victime d'une atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte* (*ibid.*). C'est pourquoi le demandeur n'aura le droit de contester une fouille ou une

pp. 266-67; *R. v. Sandhu* (1993), 82 C.C.C. (3d) 236 (B.C.C.A.), at pp. 255-56.

[109] The standing requirement under s. 8 should not be confused with condonation or encouragement of *Charter* breaches by the police. Irrespective of whether an individual claimant has standing, where the police conduct amounts to a search, it remains subject to s. 8 of the *Charter*. The denial of standing to an individual claimant does not signify a grant of immunity to the police from s. 8. Rather, the denial of standing simply means that an individual claimant is not *personally* entitled to advance a challenge to the reasonableness of the police search. Another claimant may have standing to bring a s. 8 challenge against the search or seizure in his or her own criminal trial.

[110] Moreover, as I will explain in due course, even where s. 8 standing is denied, ss. 7 and 11(d) of the *Charter* offer residual protection that can, in certain circumstances, provide a claimant with an alternative route to challenge police conduct in the course of a search or seizure. This ensures that the effects of the standing requirement are not exploited by the police as a loophole in *Charter* protection.

#### B. *Mr. Marakah Lacks Standing*

##### (1) The Subject Matter in This Case

[111] The first step in determining whether Mr. Marakah has standing is to define the subject matter of the police search. This must be done with a careful eye to the privacy interests at stake in the subject matter — in this case, private conversations that could reveal intimate information about the participants: see *Ward*, at para. 65; *Spencer*, at para. 26.

perquisition en vertu de l'art. 8 que s'il peut établir l'existence d'une attente raisonnable au respect de sa vie privée *personnelle* à l'égard de l'objet de la fouille (*Edwards*, par. 45 et 51; *Pugliese*, p. 266-267; *R. c. Sandhu* (1993), 82 C.C.C. (3d) 236 (C.A. C.-B.), p. 255-256).

[109] Il ne faut pas confondre l'exigence de la qualité pour agir en vertu de l'art. 8 avec le fait de cautionner ou d'encourager les violations de la *Charte* par la police. Qu'un demandeur donné ait qualité pour agir ou pas, la conduite policière assimilable à une fouille ou à une perquisition demeure assujettie à l'application de l'art. 8 de la *Charte*. Le refus d'accorder la qualité pour agir à un demandeur donné ne signifie pas que les policiers échappent à l'application de l'art. 8. Ce refus veut simplement dire qu'un demandeur donné n'a pas *personnellement* le droit d'attaquer le caractère raisonnable de la fouille ou perquisition policière. Il se peut qu'un autre demandeur ait qualité pour présenter une contestation fondée sur l'art. 8 à l'encontre de la fouille, de la perquisition ou de la saisie lors de son propre procès criminel.

[110] En outre, comme je l'expliquerai en temps et lieu dans les présents motifs, même si l'on refuse la qualité pour agir en vertu de l'art. 8, l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* offrent une protection résiduelle qui peut, dans certains cas, fournir au demandeur un autre moyen de contester la conduite policière dans le cadre d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. Cela permet d'éviter que les policiers se servent des répercussions de l'exigence de la qualité pour agir comme d'une faille dans la protection accordée par la *Charte*.

#### B. *M. Marakah n'a pas qualité pour agir*

##### (1) L'objet de la fouille en l'espèce

[111] La première chose à faire pour juger si M. Marakah a qualité pour agir consiste à définir l'objet de la fouille policière. Il faut pour cela porter une attention particulière aux intérêts en matière de vie privée mis en jeu par l'objet de la fouille — en l'occurrence des conversations privées susceptibles de révéler des renseignements intimes sur les

The Chief Justice defines the subject matter of the search as an “electronic conversation” (para. 17). I take no issue with that characterization. The text message conversations between Mr. Marakah and Mr. Winchester were “what the police were really after” when they searched Mr. Winchester’s phone: *Ward*, at para. 67. Accordingly, and consistent with the Chief Justice’s characterization, I would define the subject matter of the search as text message conversations between Mr. Marakah and Mr. Winchester.

(2) The Objective Reasonableness of Mr. Marakah’s Expectation of Privacy

[112] Once it is understood that the subject matter of the search in this case is the text message conversations between Mr. Marakah and Mr. Winchester, the question then becomes whether Mr. Marakah had a reasonable expectation of *personal* privacy in those conversations. In my respectful view, he did not. This is borne out by both legal and policy considerations.

[113] From a legal standpoint, assessing the reasonableness of an individual’s expectation of personal privacy requires examining the nature and strength of the individual’s personal connection to the subject matter of the search. Control over the subject matter in the circumstances of the case is a crucial factor in evaluating the strength of an individual’s connection to it. Absent exceptional circumstances, a reasonable expectation of personal privacy requires some measure of control over the subject matter of the search. In this case, Mr. Marakah had none. Granting him standing in these circumstances is unprecedented and severs the interconnected relationship between privacy and control that has long formed part of our s. 8 jurisprudence. Furthermore, granting Mr. Marakah standing endorses as “reasonable” an expectation of privacy that is at odds with the fundamental principle that individuals can and will share information as they see fit in a free and democratic society.

interlocuteurs : voir *Ward*, par. 65; *Spencer*, par. 26. Selon la Juge en chef, l’objet de la fouille est une « conversation électronique » (par. 17). Je n’en disconviens pas. [TRADUCTION] « [C]e que les policiers cherchaient vraiment » quand ils ont examiné le contenu du téléphone de M. Winchester, ce sont les conversations échangées par message texte entre MM. Marakah et Winchester : *Ward*, par. 67. Par conséquent, et dans la même veine que la qualification de la Juge en chef, j’affirme que l’objet de la fouille consiste en les conversations échangées par message texte entre MM. Marakah et Winchester.

(2) La raisonnable objective de l’attente de M. Marakah au respect de sa vie privée

[112] Une fois bien compris le fait que l’objet de la fouille en l’espèce consiste en les conversations échangées par message texte entre M. Marakah et M. Winchester, il faut alors se demander si M. Marakah avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée *personnelle* à l’égard de ces conversations. À mon humble avis, il n’en avait pas. Cette opinion est confortée par des considérations autant d’ordre juridique que de politique générale.

[113] Sur le plan juridique, il faut examiner la nature et la solidité du lien personnel de l’intéressé avec l’objet de la fouille pour juger du caractère raisonnable de son attente au respect de sa vie privée personnelle. Le contrôle sur l’objet dans les circonstances de l’espèce est un facteur crucial lorsqu’il s’agit d’évaluer la solidité de ce lien. En l’absence de circonstances exceptionnelles, une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée nécessite l’exercice d’un certain contrôle sur l’objet de la fouille. M. Marakah n’en avait aucun dans la présente affaire. Lui reconnaître la qualité pour agir dans les circonstances est sans précédent et rompt l’interconnexion entre la vie privée et le contrôle qui fait depuis longtemps partie de notre jurisprudence sur l’art. 8. Qui plus est, lui accorder la qualité pour agir revient à reconnaître le caractère « raisonnable » d’une attente en matière de respect de la vie privée qui va à l’encontre du principe fondamental selon lequel, dans une société libre et démocratique, les gens peuvent communiquer, et communiqueront, les renseignements qu’ils jugent à propos de communi-

[114] From the standpoint of policy, the Chief Justice’s approach vastly expands the scope of persons who can bring a s. 8 challenge. This expansion carries with it a host of practical implications which will add to the burdens of an already overburdened criminal justice system and risk disrupting the delicate balance that s. 8 strives to achieve between privacy and law enforcement interests.

(a) *The Reasonable Expectation of Privacy Test Is Context Driven*

[115] The reasonable expectation of privacy test requires looking at the totality of the circumstances in any given case. Put another way, the reasonable expectation of privacy test is context driven: see e.g. *Edwards*, at para. 45; *Spencer*, at para. 17; *Cole*, at para. 52. The reasonableness of an accused’s expectation of personal privacy depends on the nature and strength of his or her connection to the subject matter of the search in the circumstances of the case. The nature and strength of this connection will vary depending on context. As such, an accused may have a reasonable expectation of personal privacy in the subject matter of a search in one context, but not in another.

[116] Countless examples illustrate this point. For instance, DNA is capable of revealing intimate details about people that are central to their biographical cores. Nonetheless, the reasonableness of an expectation of personal privacy in DNA may, and often will, vary depending on the context. While an accused may reasonably expect informational privacy in DNA when it is found on his body or stored at a hospital (*R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417), the same cannot be said when the same DNA is deposited on a complainant or a physical object at a crime scene in a public place: see *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 62. Similarly, a person may have a reasonable expectation of personal privacy in his or her intimate thoughts about friends, hobbies and romantic interests when they are recorded in a diary, but not when these same thoughts are shared publicly on social media or reality television.

[114] Sur le plan de la politique générale, l’approche de la Juge en chef étend considérablement l’éventail des personnes habiles à présenter une contestation fondée sur l’art. 8. Cet élargissement comporte son lot de conséquences pratiques qui alourdiront le fardeau d’un système de justice pénale déjà surchargé et risqueront de rompre l’équilibre fragile que l’art. 8 vise à atteindre entre le droit au respect de la vie privée et l’intérêt à appliquer la loi.

a) *Le critère de l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée est axé sur le contexte*

[115] Le critère de l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée implique d’analyser l’ensemble des circonstances dans tous les cas. Autrement dit, ce critère est axé sur le contexte (voir, p. ex., *Edwards*, par. 45; *Spencer*, par. 17; *Cole*, par. 52). Le caractère raisonnable de l’attente de l’accusé au respect de sa vie privée personnelle dépend de la nature et de la solidité du lien qu’il a avec l’objet de la fouille dans les circonstances de l’espèce. La nature et la solidité de ce lien varient selon le contexte. Ainsi, l’accusé peut s’attendre raisonnablement au respect de sa vie privée à l’égard de l’objet d’une fouille ou d’une perquisition dans un contexte, mais pas dans un autre.

[116] D’innombrables exemples illustrent ce point. Entre autres, l’ADN peut révéler à propos des gens des détails intimes qui sont au cœur de leurs renseignements biographiques. Néanmoins, le caractère raisonnable de l’attente au respect de la vie privée à l’égard de l’ADN peut varier selon le contexte, et c’est souvent le cas. Si un accusé peut raisonnablement s’attendre à une intimité informationnelle lorsque son ADN est trouvé sur son corps ou conservé à l’hôpital (*R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417), on ne peut en dire autant lorsqu’il est découvert sur un plaignant ou sur un objet se trouvant sur les lieux d’un crime (voir *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 62). Dans la même veine, une personne peut s’attendre raisonnablement au respect de sa vie privée personnelle quant à ses pensées intimes au sujet de ses amis, de ses passe-temps et de ses sentiments amoureux lorsqu’elles sont consignées dans

Finally, a person may have a reasonable expectation of personal privacy in the informational contents of a garbage bag when it is inside his or her home, but not when that same garbage bag is placed on the curb outside the home for collection: see *Patrick*, at para. 64.

[117] In sum, an individual may have a reasonable expectation of personal privacy in the subject matter in one context, but not in another. Although the subject matter itself remains the same, the nature and strength of the person’s connection to the subject matter will vary depending on the circumstances. Context is therefore necessary for determining whether a person has standing to challenge a search under s. 8 of the *Charter*. And, as I will explain, when it comes to the reasonableness of a person’s expectation of privacy in a communication — including text message conversations — control is a crucial contextual factor.

(b) *The Relationship Between Control and Privacy*

[118] Control is inseparable from the concept of privacy. As stated by Doherty J.A. in *R. v. Belnavis* (1996), 29 O.R. (3d) 321 (C.A.), at p. 332, aff’d [1997] 3 S.C.R. 341, “[c]ontrol of access is central to the privacy concept”. A total absence of control is therefore a compelling indicator that there is no reasonable expectation of personal privacy. At the same time, control must not be equated with ownership and does not necessarily require formal property rights: see *Pugliese*, at pp. 265-67; *Cole*, at para. 51. Rather, control has a nuanced and functional meaning in this context — direct or exclusive control is not necessarily required.

[119] Control distinguishes a *personal desire* for privacy from a *reasonable expectation* of privacy. In a perfect world, one might desire privacy rights

un journal intime, mais non lorsqu’elles sont diffusées publiquement sur les réseaux sociaux ou dans une émission de télé-réalité. Enfin, une personne peut s’attendre raisonnablement au respect de sa vie privée personnelle à l’égard du contenu informationnel d’un sac d’ordures quand celui-ci se trouve à l’intérieur de son domicile, mais non lorsqu’on place le même sac d’ordures au bord du chemin en vue de son ramassage (voir *Patrick*, par. 64).

[117] En somme, un individu peut s’attendre raisonnablement au respect de sa vie privée personnelle à l’égard de l’objet de la fouille dans un contexte, mais pas dans un autre. Même si l’objet en soi demeure le même, la nature et la solidité du lien de la personne avec l’objet varie selon les circonstances. Il faut donc tenir compte du contexte pour décider si quelqu’un a qualité pour contester une fouille ou une perquisition en vertu de l’art. 8 de la *Charte*. Et, comme je vais l’expliquer, en ce qui concerne le caractère raisonnable de l’attente d’une personne au respect de sa vie privée à l’égard d’une communication — telle une conversation par message texte — le contrôle est un élément contextuel crucial.

b) *Le rapport entre le contrôle et la vie privée*

[118] La notion de contrôle est indissociable de celle de vie privée. Comme l’a dit le juge Doherty dans l’arrêt *R. c. Belnavis* (1996), 29 O.R. (3d) 321 (C.A.), p. 332, conf. par [1997] 3 R.C.S. 341, [TRANSDUCTION] « [l]e contrôle de l’accès est au cœur de la notion de vie privée ». L’absence totale de contrôle est donc un indicateur convaincant qu’il n’existe aucune attente raisonnable en matière de respect de la vie privée personnelle. En revanche, le contrôle ne doit pas être assimilé à la propriété; il ne suppose pas nécessairement l’existence d’un droit de propriété formel (voir *Pugliese*, p. 265-267; *Cole*, par. 51). En fait, le contrôle a dans ce contexte un sens nuancé et fonctionnel; il ne doit pas nécessairement être direct ou exclusif.

[119] Le contrôle établit une distinction entre le *désir personnel* de respect de la vie privée et l’*attente raisonnable* au respect de la vie privée. Dans

over the use of any and all personal information that could potentially expose, embarrass or incriminate oneself. However, s. 8 of the *Charter* protects only a reasonable expectation of privacy. A desire to protect a certain subject matter that has the capacity to reveal intimate information may be useful in identifying whether a subjective expectation of privacy exists, but control is a crucial part of what makes that expectation of privacy objectively reasonable.

[120] In saying this, I do not mean to downplay the faith and trust that people place in others to maintain confidences and keep sensitive information to themselves. Depending on the nature of the relationship, a person may well have a subjective expectation of privacy in communications sent to another. For example, husbands and wives — and parents and children — may subjectively expect that their communications will not be betrayed — although this will not always be the case. The same can be said about good friends and associates.

[121] But we are not here concerned solely with a person's subjective expectation of privacy. We are dealing with the legal requirements of s. 8 of the *Charter*, and the balance it is meant to achieve between the privacy rights of individuals and the public interest in law enforcement. This requires that a person's subjective expectation of privacy be objectively reasonable as well.

[122] When assessing the objective reasonableness of a claimant's expectation of personal privacy in the subject matter of a search, the claimant's control over the subject matter is vital. The standing inquiry is concerned with a claimant's personal connection to the subject matter in the circumstances of the case. Control plays an integral role in defining the strength of that connection.

un monde idéal, chacun pourrait vouloir bénéficier de droits à la vie privée sur l'utilisation de tous les renseignements personnels susceptibles de l'exposer à un risque, de l'embarrasser ou de l'incriminer. Toutefois, l'art. 8 de la *Charte* ne protège que l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Le désir de protéger un certain objet susceptible de révéler des renseignements intimes peut aider à décider s'il existe une attente subjective, mais le contrôle est un élément crucial du motif pour lequel cette attente en matière de respect de la vie privée est objectivement raisonnable.

[120] En disant cela, je n'entends pas minimiser la foi et la confiance que les gens accordent aux autres pour ce qui est de garder secrètes leurs confidences et de ne pas révéler à qui que ce soit des renseignements sensibles. Selon la nature de la relation, une personne peut fort bien avoir une attente subjective au respect de sa vie privée à l'égard des communications adressées à autrui. Par exemple, les époux de même que les parents et leurs enfants peuvent subjectivement s'attendre à ce que leurs communications ne soient pas trahies, mais il n'en est pas toujours ainsi. Il en va de même des bons amis et des associés.

[121] Or, il n'est pas uniquement question en l'espèce de l'attente subjective d'une personne au respect de sa vie privée. La présente affaire porte sur les exigences légales de l'art. 8 de la *Charte* et l'équilibre que cette disposition vise à atteindre entre les droits à la vie privée des particuliers et l'intérêt public à ce que la loi soit appliquée. Cela exige que l'attente subjective d'une personne au respect de sa vie privée soit aussi objectivement raisonnable.

[122] Lorsqu'il s'agit de juger du caractère objectivement raisonnable de l'attente d'un demandeur au respect de sa vie privée personnelle à l'égard de l'objet d'une fouille, le contrôle que le demandeur exerce sur cet objet est vital. L'examen de la qualité pour agir s'attache au lien personnel du demandeur avec l'objet de la fouille dans les circonstances de l'espèce. Le contrôle joue un rôle fondamental lorsqu'il s'agit de définir la force de ce lien.



[123] The importance of control is illustrated in s. 8 cases where standing has been the key issue. For instance, in *Edwards*, there was no question that the intrusion by the police into the apartment occupied by the claimant's girlfriend amounted to a search under s. 8. The sole issue was standing — whether the claimant himself had a reasonable expectation of *personal* privacy. In concluding that Mr. Edwards lacked standing, the Court focused on factors which related to his degree of control over the apartment, “that [Mr. Edwards] was ‘just a visitor’” (para. 47), “he did not contribute to the rent or household expenses” (para. 48), and he “lacked the authority to regulate access to the premises” (para. 49). The Court summed up its rationale for denying standing as follows (paras. 49-50):

An important aspect of privacy is the ability to exclude others from the premises. This is apparent from one of the definitions of the word “privacy” found in *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989). It is set out in these terms:

**b.** The state or condition of being alone, undisturbed, or free from public attention, as a matter of choice or right; freedom from interference or intrusion.

The right to be free from intrusion or interference is a key element of privacy. It follows that the fact that the appellant could not be free from intrusion or interference in Ms. Evers' apartment is a very important factor in confirming the finding that he did not have a reasonable expectation of privacy. [Emphasis added.]

[124] Similarly, in *Belnavis*, the main issue was whether a passenger, Ms. Lawrence, had a reasonable expectation of personal privacy in the vehicle she was in when it was stopped by the police. In concluding that Ms. Lawrence, unlike the driver, lacked standing to challenge the search, the Court highlighted the absence of control as a key factor (para. 22):

[123] L'importance du contrôle ressort des décisions sur l'art. 8 où la qualité pour agir était au cœur du litige. Par exemple, dans l'affaire *Edwards*, il ne faisait aucun doute que l'intrusion par la police dans l'appartement occupé par la petite amie du demandeur constituait une fouille ou une perquisition au sens de l'art. 8. La seule question en litige était celle de la qualité — le demandeur lui-même avait-il une attente raisonnable au respect de sa vie privée *personnelle*? En concluant que M. Edwards n'avait pas qualité pour agir, la Cour s'est concentrée sur des facteurs qui se rapportaient à son degré de contrôle sur l'appartement : « [M. Edwards] [TRADUCTION] “n'était qu'un visiteur” » (par. 47), il « ne contribuait pas au paiement du loyer ou des dépenses du ménage » (par. 48), et il « n'avait pas le pouvoir [de] régir l'accès [à l'appartement] » (par. 49). La Cour a résumé ainsi les raisons pour lesquelles elle a refusé à M. Edward la qualité pour agir (par. 49-50) :

Un aspect important du droit à la vie privée (« privacy ») dans un lieu est la capacité d'en interdire l'accès à autrui. C'est ce qui ressort de l'une des définitions du mot « privacy » que l'on trouve dans *The Oxford English Dictionary* (2<sup>e</sup> éd. 1989), et qui est ainsi libellée :

[TRADUCTION] **b.** Le fait d'être seul, de ne pas être dérangé ou d'échapper à l'attention publique, à la suite d'un choix ou de l'exercice d'un droit; le fait d'être à l'abri de toute ingérence ou intrusion.

Le droit d'être à l'abri de toute intrusion ou ingérence est un élément clé de la notion de vie privée. Il s'ensuit que le fait que l'appelant ne pouvait être à l'abri de toute intrusion ou ingérence dans l'appartement de M<sup>me</sup> Evers revêt une grande importance pour ce qui est de confirmer la conclusion qu'il n'avait aucune attente raisonnable en matière de vie privée. [Je souligne.]

[124] De même, dans *Belnavis*, il s'agissait principalement de déterminer si la passagère, M<sup>me</sup> Lawrence, avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l'égard du véhicule dans lequel elle se trouvait au moment où celui-ci a été intercepté par la police. Concluant que M<sup>me</sup> Lawrence, contrairement à la conductrice, n'avait pas qualité pour contester la fouille, la Cour a souligné que l'absence de contrôle était un facteur clé (par. 22) :

There was no evidence that she had any control over the vehicle, nor that she had used it in the past or had any relationship with the owner or driver which would establish some special access to or privilege in regard to the vehicle. Lawrence did not demonstrate any ability to regulate access to the vehicle.

[125] Granted, these cases were concerned with territorial privacy in homes and vehicles. However, control remains equally important in respect of informational privacy: *Spencer*, at para. 40; *Ward*, at para. 60. Control is integral because of the ease with which information can change from private to public in nature, depending on the context. In this regard, privacy has been defined as, “the right of the individual to determine for himself when, how, and to what extent he will release personal information about himself”: *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 46; see also A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7, cited in *Tessling*, at para. 23; see also *Spencer*, at para. 40.

[126] For private communications in particular, the concept of control helps explain why a claimant may have a reasonable expectation of personal privacy in a communication *while it is ongoing*, but not in the same communication *once it has been received*. The ability of an individual to control the circumstances in which something is said is central to the existence of a reasonable expectation of personal privacy in the communicative process: *Duarte*, at p. 51. In choosing *who* to speak to, *where* the conversation takes place, and the *medium* of communication, the individual exercises control over the ongoing conversation such that he or she may reasonably expect the conversation to be private.

[127] That said, absolute control is not guaranteed. During a conversation, there is always a risk — however remote — that someone may be listening in and making a permanent record of the conversation. But this risk is not one that individuals should reasonably be required to bear: see *Duarte*, at pp. 48-49. This Court has held that people should

Il n’y avait aucune preuve qu’elle exerçait un contrôle sur le véhicule, qu’elle l’avait utilisé dans le passé ou qu’elle avait avec le propriétaire ou la conductrice une relation qui établirait l’existence d’un accès spécial au véhicule ou d’un privilège s’y rapportant. Lawrence n’a pas démontré qu’elle était capable de régir l’accès au véhicule.

[125] Certes, ces décisions portaient sur l’aspect territorial du droit à la vie privée dans les maisons et les véhicules. Or, le contrôle est tout aussi important pour ce qui est de l’aspect informationnel du droit à la vie privée (*Spencer*, par. 40; *Ward*, par. 60). Le contrôle est essentiel à cause de l’aisance avec laquelle l’information peut passer de la sphère privée à la sphère publique, selon le contexte. À cet égard, la Cour a défini la vie privée comme « le droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant » (*R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 46; voir aussi A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7, cité dans *Tessling*, par. 23; voir aussi *Spencer*, par. 40).

[126] S’agissant plus particulièrement des communications privées, la notion de contrôle aide à expliquer pourquoi un demandeur peut s’attendre raisonnablement au respect de sa vie privée personnelle à l’égard d’une communication *en cours*, mais non à l’égard de la même communication *une fois celle-ci reçue*. La capacité d’un individu à maîtriser les circonstances dans lesquelles on dit quelque chose est au cœur de l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée personnelle à l’égard du processus de communication : *Duarte*, p. 51. En choisissant à *qui* il s’adresse, le *lieu* de la conversation et le *moyen* de communication, l’individu exerce un contrôle sur la conversation en cours qui lui permet de s’attendre raisonnablement à ce que cette conversation soit privée.

[127] Cela dit, le contrôle absolu n’est pas assuré. Lors d’une conversation, le risque — aussi éloigné soit-il — que quelqu’un écoute la conversation et la consigne en permanence est toujours présent. Mais ce risque n’en est pas un que les particuliers devraient être obligés de supporter (voir *Duarte*, p. 48-49). Notre Cour a jugé que les gens ne devraient pas

not have to assume, as “the price of choosing to speak to another human being”, the risk that every time they speak, someone — be it the state or some other third party — may be recording their words (*ibid.*, at p. 48). If every time people opened their mouths, they had to assume the risk that someone might be recording their words, it would never be reasonable to expect privacy in an ongoing conversation (*ibid.*). As this Court noted in *Duarte*, a society in which individuals must bear this risk would be “one in which privacy no longer had any meaning” (p. 44). Hence, if the police were to *intercept* a text message conversation while it was ongoing, the sender would have standing to challenge the search under s. 8 of the *Charter*: see *R. v. Shayesteh* (1996), 31 O.R. (3d) 161 (C.A.), at pp. 173-74; *R. v. Rendon* (1999), 140 C.C.C. (3d) 12 (Que. C.A.); R. W. Hubbard, P. M. Brauti and S. K. Fenton, *Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure* (loose-leaf), vol. 2, at p. 8-58.

[128] By contrast, once a private communication is received, an individual generally retains no control over what another participant in the conversation will do with his or her record or recollection of it. In the case of an oral conversation, once the conversation is over, each participant is left with an independent recollection of it. This recollection falls within his or her exclusive control, and he or she is free to share it with anyone, at any time, and for any purpose. Similarly, in the case of a text message conversation, once a text message is received, both sender and recipient are left with an independent record of the conversation. They each have exclusive control over their own record, and can freely share it with anyone and everyone. In both scenarios, there is a complete lack of control over the other person’s record or recollection of the conversation.

[129] Accessing a text message conversation on a recipient’s phone therefore occurs in a different context from that of an interception, one in which the sender no longer has control over the subject matter of the search. This is a compelling indicator

avoir à supporter, comme « prix de l’exercice du choix d’adresser la parole à un autre être humain », le risque que, chaque fois qu’ils parlent, quelqu’un — que ce soit l’État ou un autre tiers — enregistre leurs propos (*ibid.*, p. 48). Si, chaque fois que les gens ouvraient la bouche, ils devaient supporter le risque que quelqu’un enregistre leurs propos, il ne serait jamais raisonnable de s’attendre au respect de la vie privée lors d’une conversation en cours (*ibid.*). Comme l’a souligné notre Cour dans *Duarte*, une société où les particuliers doivent supporter ce risque serait « une société où la notion de vie privée serait vide de sens » (p. 44). Par conséquent, si les policiers devaient *intercepter* une conversation par message texte en cours, l’expéditeur aurait qualité pour contester la fouille en vertu de l’art. 8 de la *Charte* (voir *R. c. Shayesteh* (1996), 31 O.R. (3d) 161 (C.A.), p. 173-174; *R. c. Rendon* 1999 CanLII 9511 (C.A. Qc); R. W. Hubbard, P. M. Brauti et S. K. Fenton, *Wiretapping and Other Electronic Surveillance : Law and Procedure* (feuilles mobiles), vol. 2, p. 8-58).

[128] À l’inverse, une fois reçue une communication privée, une personne n’a en général plus de contrôle sur ce que son interlocuteur en fera, sa consignation ou le souvenir qu’il en gardera. Dans le cas d’une conversation de vive voix, une fois celle-ci terminée, chaque interlocuteur en garde son propre souvenir, qui relève de son contrôle exclusif, et est libre de le communiquer à qui que ce soit en tout temps et à toute fin. De même, dans le cas d’une conversation par message texte, une fois celui-ci reçu, l’expéditeur et le destinataire gardent leur propre trace écrite de la conversation. Ils exercent chacun un contrôle exclusif sur leur propre trace écrite et peuvent la communiquer à qui bon leur semble. Dans l’un et l’autre cas, il y a une absence totale de contrôle sur la trace écrite que l’autre personne a de la conversation et sur le souvenir qu’elle en garde.

[129] On prend donc connaissance d’une conversation par message texte sur le téléphone d’un destinataire dans un contexte différent de celui d’une interception, un contexte où l’expéditeur n’exerce plus de contrôle sur l’objet de la fouille. Voilà un

that he or she no longer maintains a reasonable expectation of personal privacy in that conversation. The risk that a recipient may repeat what was said during a conversation, or share his or her record of the conversation with others, is a risk that individuals must reasonably assume, and thus may defeat a reasonable expectation of privacy: see *Duarte*, at p. 49. As I explain below at paras. 173-77, a person's expectation of privacy in informational subject matter that falls under another person's exclusive control cannot be reasonable in a society that values the freedom of individuals to share information.

[130] That said, control is not the exclusive consideration that informs the existence of a reasonable expectation of personal privacy. And there are exceptional cases where control is not necessary. Where a loss of control over the subject matter is involuntary, such as where a person is in police custody or the subject matter is stolen from the person by a third party, then a reasonable expectation of personal privacy may persist: see *Stillman*, at paras. 61-62 (privacy may persist in a tissue discarded while in police custody); *R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227, at para. 28 (privacy may persist in a safe stolen by a third party). In general, however, recognizing a reasonable expectation of privacy in the face of a total absence of control is, in my view, both unprecedented and antithetical to the notion of personal privacy. Some measure of control is therefore generally necessary to establish standing.

[131] In saying this, I wish to be clear that control does not necessarily need to be exclusive or direct — other degrees or forms of control can give rise to a reasonable expectation of personal privacy.

indice convaincant qu'il n'a plus une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle relativement à cette conversation. Le risque qu'un destinataire répète ce qui a été dit lors d'une conversation ou communique sa trace écrite de la conversation à d'autres personnes est un risque que les particuliers doivent raisonnablement supporter et il peut donc contrecarrer une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée (voir *Duarte*, p. 49). Comme je l'explique ci-dessous aux par. 173-177, l'attente d'une personne au respect de sa vie privée à l'égard d'un objet informationnel ressortissant au contrôle exclusif d'autrui ne saurait être raisonnable dans une société qui valorise la liberté des particuliers de communiquer de l'information.

[130] Cela dit, le contrôle n'est pas la seule considération qui sous-tend l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée personnelle. D'ailleurs, dans certains cas exceptionnels, le contrôle n'est pas nécessaire. Si la perte de contrôle sur l'objet est involontaire, par exemple lorsque la personne est détenue par la police ou que l'objet lui a été volé par un tiers, la personne peut encore s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée personnelle (voir *Stillman*, par. 61-62 (le droit à la vie privée peut subsister à l'égard d'un papier mouchoir que l'accusé a jeté alors qu'il était détenu par la police); *R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227, par. 28 (le droit à la vie privée peut subsister à l'égard d'un coffre-fort volé par un tiers)). En général, cependant, reconnaître l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée alors qu'il y a absence complète de contrôle me paraît sans précédent et à l'opposé de la notion de vie privée personnelle. Un certain contrôle est donc nécessaire à l'établissement de la qualité pour agir.

[131] Aussi, je tiens à préciser que le contrôle n'a pas à être exclusif ou direct; d'autres degrés ou formes de contrôle peuvent donner naissance à une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée personnelle.

(i) Non-exclusive Control

[132] Control does not need to be exclusive. For example, in *Cole*, this Court considered whether a teacher had a reasonable expectation of personal privacy in the informational content of his school-issued computer, over which he did not have exclusive control. The school owned the computer and retained the right to monitor its use at any point in time (paras. 50 and 55-56). In assessing whether Mr. Cole had a reasonable expectation of personal privacy, the Court concluded that his lack of exclusive control “diminished [his] privacy interest in his laptop, at least in comparison to the personal computer at issue in [*R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253], but . . . did not eliminate it entirely” (para. 58). That is consistent with this Court’s prior conclusion that a reasonable expectation of privacy may exist in a hotel room, even when an individual is aware that hotel staff or other guests will have access: *Buhay*, at para. 22; *Wong*, at p. 51.

[133] In short, while a lack of exclusive control may diminish the strength of a reasonable expectation of privacy, it does not necessarily eliminate it: *Cole*, at para. 58; *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211, at para. 41. But — and this is critical — the absence of exclusive control is not the same thing as a *total absence of control*.

[134] In *Cole*, for example, Mr. Cole had possession of the computer, the ability to exclude persons other than his employer, and control over its informational content, as he was able to “browse the Internet and to store personal information on the hard drive” (para. 43). Crucially, he retained the ability to delete information on the computer and prevent its dissemination. Thus, it was possible for him to maintain a reasonable expectation of personal privacy in the subject matter. Likewise, in *Wong*, although a number of individuals had access to the

(i) Contrôle non exclusif

[132] Il n’est pas nécessaire que le contrôle soit exclusif. Par exemple, dans *Cole*, la Cour s’est demandé si un enseignant avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l’égard du contenu informationnel de son ordinateur, fourni par l’école, sur lequel il n’exerçait pas un contrôle exclusif. L’école était propriétaire de l’ordinateur et conservait le droit de superviser en tout temps l’usage qui en était fait (par. 50 et 55-56). Appelée à décider si M. Cole avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle, la Cour a conclu que cette absence de contrôle exclusif « réduis[ait] [son] droit [. . .] au respect de sa vie privée à l’égard de son ordinateur portatif, du moins par comparaison avec l’ordinateur personnel en cause dans l’arrêt [*R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253], mais [elle] ne l’élimin[ait] pas complètement » (par. 58). Cette conclusion concorde avec celle où la Cour a reconnu la possibilité qu’il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dans une chambre d’hôtel même lorsque la personne concernée sait que le personnel de l’hôtel ou d’autres clients pourront y entrer (*Buhay*, par. 22; *Wong*, p. 51).

[133] En résumé, bien que l’absence de contrôle exclusif puisse réduire la force de l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, elle ne l’élimine pas nécessairement (*Cole*, par. 58; *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211, par. 41). Cependant — et cette nuance est cruciale — l’absence de contrôle exclusif n’équivaut pas à une *absence totale de contrôle*.

[134] Dans l’affaire *Cole*, par exemple, M. Cole avait en sa possession l’ordinateur, la capacité d’empêcher quiconque d’y accéder, sauf son employeur, et le contrôle de son contenu informationnel, étant donné qu’il pouvait « naviguer sur Internet et [. . .] stocker des renseignements personnels sur le disque dur » (par. 43). Fait essentiel, il avait conservé la capacité de supprimer l’information stockée dans l’ordinateur et d’empêcher sa diffusion. Ainsi, il lui était possible de conserver une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l’égard de

hotel room, Mr. Wong retained the ability to regulate that access by excluding certain individuals (p. 52). Shared or qualified control is still a form of control that may ground a reasonable expectation of personal privacy.

[135] If, for example, Mr. Marakah and Mr. Winchester shared control over Mr. Winchester's phone, this would change the s. 8 analysis. The same can be said if Mr. Marakah could remotely access the text message conversations on Mr. Winchester's phone. In both scenarios, Mr. Marakah would have shared control over the text message conversations on Mr. Winchester's phone, and his expectation of personal privacy in those conversations would in all likelihood be reasonable. But that is not the case here. Indeed, Mr. Marakah repeatedly asked Mr. Winchester to delete the text messages from his phone — further evidence that Mr. Marakah had no control over the text message conversations on Mr. Winchester's phone. The situations in *Cole* and *Wong* therefore differ markedly from the present case.

(ii) Constructive Control

[136] In addition, control need not always be direct. A reasonable expectation of privacy will likely arise where a claimant exercises personal control over the subject matter in issue, as in the case of one's home, possessions, and body. However, under a functional approach, constructive control may suffice to ground a reasonable expectation of personal privacy in other contexts.

[137] For example, constructive control may exist by virtue of a claimant's professional or commercial relationship with another person or entity that has direct control over the subject matter in question: see *Dyment*, at p. 432; *Spencer*, at paras. 61-63; *Plant*, at

l'objet. De même, dans l'affaire *Wong*, M. Wong avait conservé la capacité de régir l'accès à la chambre d'hôtel en excluant certaines personnes, même si plusieurs autres y avaient accès (p. 52). Un contrôle partagé ou restreint demeure un contrôle susceptible de fonder une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée personnelle.

[135] Si, par exemple, MM. Marakah et Winchester se partageaient le contrôle du téléphone de ce dernier, cela modifierait l'analyse fondée sur l'art. 8. L'analyse serait également modifiée si M. Marakah pouvait accéder à distance aux conversations par message texte dans le téléphone de M. Winchester. Dans l'un et l'autre cas de figure, M. Marakah aurait partagé le contrôle sur les conversations par message texte dans le téléphone de M. Winchester, et son attente au respect de sa vie privée personnelle à l'égard de ces conversations aurait selon toute vraisemblance été raisonnable. Mais ce n'est pas le cas en l'espèce. En effet, M. Marakah a demandé maintes fois à M. Winchester de supprimer les messages textes sur son téléphone, une autre preuve qu'il n'exerçait aucun contrôle sur les conversations par message texte enregistrées dans ce téléphone. Les situations qui prévalaient dans *Cole* et *Wong* diffèrent donc nettement de celle en l'espèce.

(ii) Contrôle imputé

[136] En outre, il n'est pas toujours nécessaire que le contrôle soit direct. Une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée prendra vraisemblablement naissance si le demandeur exerce un contrôle personnel sur l'objet en cause, comme on le fait à l'égard de sa maison, de ses biens et de son corps. Toutefois, selon l'approche fonctionnelle, l'exercice d'un contrôle imputé pourrait suffire à fonder une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée personnelle dans d'autres contextes.

[137] Par exemple, il peut y avoir un contrôle imputé lorsque le demandeur entretient une relation professionnelle ou commerciale avec une autre personne ou une entité qui exerce un contrôle direct sur l'objet en cause (voir *Dyment*, p. 432; *Spencer*,

p. 294; *Patrick*, at para. 67. The most obvious examples where this arises include a claimant's relationship with a lawyer, doctor, psychiatrist or another professional who owes a duty of confidentiality or trust to the claimant.

[138] This list is not closed, nor is it limited to formal "trust-like, confidential or therapeutic relationships": *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, at para. 27. Accordingly, complainants may maintain a reasonable expectation of privacy in personal information contained in records held by the police, so as to trigger the third party records production regime in ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*: *Quesnelle*. Care must be taken in making this comparison because of the different dynamics which are at play under s. 8 of the *Charter*, and those that exist in a production regime: *Quesnelle*, at paras. 28 and 35-36. Nonetheless, due to the professional status of the police, *Quesnelle* clarifies that "the subjects of police occurrence reports could reasonably expect the police to safeguard their private information, unless and until disclosure is justified" (para. 30). The Court explained the rationale for this, at paras. 39 and 43:

Where an individual voluntarily discloses sensitive information to police, or where police uncover such information in the course of an investigation, it is reasonable to expect that the information will be used for the purpose for which it was obtained: the investigation and prosecution of a particular crime. . . .

People provide information to police in order to protect themselves and others. They are entitled to do so with confidence that the police will only disclose it for good reason. The fact that the information is in the hands of the police should not nullify their interest in keeping that information private from other individuals.

[139] This conclusion was based on the fact that the police, as professionals, are constrained in their

par. 61-63; *Plant*, p. 294; *Patrick*, par. 67). Parmi les exemples les plus patents de contrôle imputé, mentionnons la relation d'un demandeur avec un avocat, un médecin, un psychiatre ou toute autre personne tenue envers lui à une obligation de confidentialité ou de confiance.

[138] Cette liste n'est pas exhaustive, pas plus qu'elle ne se limite aux « relations confidentielles, thérapeutiques ou fondées sur la confiance » (*R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, par. 27). Par conséquent, les demandeurs peuvent toujours s'attendre raisonnablement au respect de leur vie privée à l'égard des renseignements personnels contenus dans les dossiers de la police, de sorte que ces renseignements soient soumis au régime de communication des dossiers en la possession de tiers établi aux art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel* (*Quesnelle*). C'est avec prudence que l'on doit faire cette comparaison parce que la dynamique de l'art. 8 de la *Charte* diffère de celle d'un régime de communication (*Quesnelle*, par. 28 et 35-36). Cependant, l'arrêt *Quesnelle* précise que, eu égard au statut professionnel des policiers, « une personne visée par un rapport de police peut raisonnablement s'attendre à ce que la police protège ses renseignements personnels, sauf si cette dernière est justifiée de les communiquer » (par. 30). La Cour explique ainsi la raison d'être de cette affirmation aux par. 39 et 43 :

Lorsqu'un particulier communique de son gré des renseignements délicats à la police ou que celle-ci les découvre au cours d'une enquête, il est raisonnable qu'il s'attende à ce que les renseignements servent dans le but pour lequel ils ont été obtenus, à savoir l'enquête et la poursuite relatives à un acte criminel. . .

Les gens fournissent des renseignements à la police dans le but d'assurer leur propre protection et celle d'autrui. Ils sont en droit de s'attendre à ce que la police ne les communique que pour un motif valable. La possession des renseignements par la police ne saurait écarter le droit à ce que leur confidentialité soit assurée.

[139] Cette conclusion repose sur le fait qu'en tant que professionnels, les policiers possèdent une

ability to share and use information — a constraint that generally holds true for professionals who collect personal information for a specific purpose: see *Dyment*, at pp. 432 and 434-35; *Law*, at paras. 22-23 and 28.

[140] Similarly, an individual can maintain a reasonable expectation of privacy in personal information stored with certain commercial entities, such as telecommunication service providers: see *Jones*, at paras. 38-46 (per Côté J.); *TELUS*, at para. 32; *Spencer*, at para. 66; *R. v. Rogers Communications Partnership*, 2016 ONSC 70, 128 O.R. (3d) 692, at paras. 19-31. These commercial entities are subject to the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (“*PIPEDA*”). As Cromwell J. explained in *Spencer*, at para. 63:

... *PIPEDA* ... permits disclosure only if a request is made by a government institution with “lawful authority” to request the disclosure. It is reasonable to expect that an organization bound by *PIPEDA* will respect its statutory obligations with respect to personal information. [Emphasis added.]

[141] As these cases illustrate, even a qualified obligation on professional and commercial entities to maintain confidentiality over personal information provides a measure of constructive control which can support a reasonable expectation of privacy. This stands in stark contrast to the unfettered discretion individuals have to share information for any reason or purpose. At a normative level, the existence of a reasonable expectation of privacy in the context of professional or commercial relationships therefore does not create the same tension with autonomy interests, which may arise in the context of ordinary interactions between private citizens: see below, at paras. 173-77.

[142] Ultimately, as this Court stated in *Quesnelle*, at para. 38, “[w]hether a person is entitled to expect that their information will be kept private is a

capacité restreinte à communiquer et à utiliser des renseignements — restriction qui s’applique en général aussi aux professionnels qui recueillent des renseignements personnels dans un but précis (voir *Dyment*, p. 432 et 434-435; *Law*, par. 22-23 et 28).

[140] De même, une personne peut conserver une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard des renseignements personnels stockés par certaines entités commerciales tels les fournisseurs de services de télécommunication (voir *Jones*, par. 38-46 (la juge Côté); *TELUS*, par. 32; *Spencer*, par. 66; *R. c. Rogers Communications Partnership*, 2016 ONSC 70, 128 O.R. (3d) 692, par. 19-31). Ces entités commerciales sont assujetties à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5 (« *LPRPDE* »). Comme l’a expliqué le juge Cromwell dans l’arrêt *Spencer*, par. 63 :

... la *LPRPDE* [...] n’autorise la communication de renseignements que lorsqu’une institution gouvernementale mentionne la « source de l’autorité légitime » étayant sa demande. En effet, il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une organisation assujettie à la *LPRPDE* respecte les obligations que celle-ci lui impose à l’égard des renseignements personnels. [Je souligne.]

[141] Comme le montrent ces décisions, même une obligation restreinte faite aux entités professionnelles et commerciales d’assurer la confidentialité de renseignements personnels apporte un certain degré de contrôle imputé pouvant étayer une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, ce qui contraste vivement avec le pouvoir discrétionnaire absolu qu’ont les personnes de communiquer des renseignements pour quelque motif que ce soit. Sur le plan normatif, l’existence d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dans le cadre de rapports professionnels ou commerciaux ne crée donc pas la même tension avec les droits à l’autonomie que celle qui peut se poser dans le cadre de liens ordinaires entre particuliers (voir plus loin aux par. 173-177).

[142] En définitive, comme notre Cour l’a affirmé dans l’arrêt *Quesnelle*, par. 38, « [l]’analyse qui permet de déterminer si une personne est en droit de



contextual inquiry.” In my view, where the information in question is under the exclusive control of another person, an interest in the subject matter and a personal relationship with that person does not suffice. Something more is necessary, such as a relationship connoting some measure of constructive control or obligation, to surpass a mere hope or desire for privacy and ground a reasonable expectation of personal privacy.

[143] In sum, control, like privacy, is “not an all or nothing concept”: *Quesnelle*, at paras. 29 and 37. The degree and form of control that a claimant has over the subject matter of the search in the circumstances of the case is central to whether the claimant has a reasonable expectation of personal privacy. Accordingly, a total absence of any measure of control provides a compelling basis to deny standing.

(c) *Mr. Marakah Had No Control Over the Text Message Conversations on Mr. Winchester’s Phone*

[144] The text message conversations between Mr. Marakah and Mr. Winchester were accessed by police after they had been received on Mr. Winchester’s phone. The conversations were not intercepted by police during the transmission process, and they were not accessed on Mr. Marakah’s phone. As I will explain, these are important contextual distinctions that show that Mr. Marakah had no control over the subject matter of the search in the circumstances of this case.

[145] In this case, Mr. Winchester had exclusive control over the text message conversations accessed by the police. The conversations were stored on his phone and he had complete autonomy to disclose them to anyone, at any time, and for any purpose. Mr. Marakah had no control over the text message conversations on Mr. Winchester’s phone

s’attendre à ce que des renseignements la concernant demeurent privés est de nature contextuelle. » À mon avis, lorsque les renseignements en question relèvent du contrôle exclusif d’une autre personne, il ne suffit pas d’avoir un intérêt à l’égard de l’objet et d’entretenir une relation personnelle avec cette personne. Il faut quelque chose de plus, comme une relation dénotant un certain degré de contrôle ou d’obligation imputé, pour dépasser le simple espoir ou désir de respect de la vie privée et fonder une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée personnelle.

[143] En somme, le contrôle, tout comme le droit à la vie privée, « n’est pas absol[u] » (*Quesnelle*, par. 29 et 37). Le degré et la forme du contrôle que le demandeur exerce sur l’objet de la fouille dans les circonstances de l’espèce sont primordiaux lorsque vient le temps de décider si le demandeur a une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle. Par conséquent, une absence totale de contrôle constitue un motif convaincant de refuser de reconnaître la qualité pour agir.

c) *M. Marakah n’exerçait aucun contrôle sur les conversations par message texte enregistrées dans le téléphone de M. Winchester*

[144] Les policiers ont pris connaissance des conversations échangées par message texte entre MM. Marakah et Winchester après leur réception sur le téléphone de M. Winchester. Les conversations n’ont pas été interceptées par la police durant leur transmission, ni n’ont été obtenues par le biais du téléphone de M. Marakah. Comme je l’expliquerai, ce sont d’importantes différences contextuelles qui démontrent que M. Marakah n’exerçait aucun contrôle sur l’objet de la fouille dans les circonstances de l’espèce.

[145] En l’espèce, M. Winchester exerçait un contrôle exclusif sur les conversations par message texte dont ont pris connaissance les policiers. Les conversations étaient enregistrées dans son téléphone et il était tout à fait libre de les communiquer à qui que ce soit, en tout temps et à toute fin. M. Marakah n’exerçait aucun contrôle sur les conversations par

— a compelling indicator that he did not have a reasonable expectation of personal privacy in them.

[146] This case is thus distinct from an interception case. It is beyond question that Mr. Marakah had a reasonable expectation of personal privacy in the text message conversations while they were in the process of transmission to Mr. Winchester's phone. In that context, Mr. Marakah had control over the circumstances in which he was communicating with Mr. Winchester. He reasonably assumed that, in conversing with Mr. Winchester through text messaging, he was communicating *only* to Mr. Winchester. In these circumstances, it was reasonable for him to expect that his text message conversations with Mr. Winchester would not be clandestinely intercepted. As indicated, if the police had intercepted the conversations at that stage, Mr. Marakah would have had standing to challenge the search of Mr. Winchester's phone under s. 8 of the *Charter*.

[147] This case is also distinct from one involving police access to text message conversations *on Mr. Marakah's phone*. Unquestionably, Mr. Marakah had a reasonable expectation of personal privacy in the text message conversations on his own personal phone. This is because Mr. Marakah retained control over the conversations — he was able to delete them, or disclose them to anyone he wished. The text message conversations on Mr. Winchester's phone are contextually different from the same text message conversations on Mr. Marakah's personal phone, just as DNA found on a complainant is contextually different from the same DNA found on an accused person's body — even though both sources may reveal identical and extremely intimate information.

[148] In sum, viewed contextually, Mr. Marakah had no measure of control over the text message conversations in the circumstances of this case.

message texte dans le téléphone de M. Winchester, un indice convaincant qu'il n'avait pas d'attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à leur égard.

[146] La présente affaire se distingue donc d'un cas d'interception. Il ne fait aucun doute que M. Marakah avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l'égard des conversations par message texte en train d'être acheminées vers le téléphone de M. Winchester. Dans ce contexte, M. Marakah maîtrisait les circonstances dans lesquelles il communiquait avec M. Winchester. Il supposait raisonnablement qu'en bavardant avec M. Winchester par messagerie texte, il communiquait *uniquement* avec M. Winchester. Dans ces conditions, il était raisonnable pour lui de s'attendre à ce que ses conversations par message texte avec M. Winchester ne soient pas interceptées clandestinement. Rappelons que si la police avait intercepté les conversations à ce stade, M. Marakah aurait eu qualité pour contester la fouille du téléphone de M. Winchester en vertu de l'art. 8 de la *Charte*.

[147] La présente affaire se distingue également du cas de figure où les policiers obtiendraient les conversations par message texte enregistrées *dans le téléphone de M. Marakah*. Ce dernier avait indubitablement une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l'égard des conversations par message texte enregistrées dans son propre téléphone personnel. En effet, M. Marakah exerçait toujours un contrôle sur les conversations : il pouvait les supprimer ou les divulguer à qui bon lui semblait. Les conversations par message texte enregistrées dans le téléphone de M. Winchester sont contextuellement différentes des mêmes conversations enregistrées dans le téléphone personnel de M. Marakah, tout comme l'ADN découvert sur une plaignante diffère contextuellement de l'ADN découvert sur le corps d'un accusé, et ce, même si les deux sources peuvent révéler des renseignements identiques et extrêmement intimes.

[148] En somme, vu le contexte, M. Marakah n'exerçait aucun contrôle sur les conversations par message texte dans les circonstances de l'espèce.

(3) The Chief Justice’s Approach to the Reasonableness of Mr. Marakah’s Expectation of Privacy

(a) *The Place(s) of the Search and Mr. Marakah’s Control Over the Text Message Conversations*

[149] The Chief Justice asserts that the search may have occurred in one of two places: either the police accessed the text message conversations in what she calls a “metaphorical chat room” (para. 30), or they accessed them on Mr. Winchester’s phone (para. 29). Ultimately, the Chief Justice leaves unanswered the question of where the search occurred. According to her, neither the metaphorical chat room, nor Mr. Winchester’s physical phone, exclude a reasonable expectation of privacy (paras. 28-30). In either scenario, “Mr. Marakah did not give up control over the information” he sent to Mr. Winchester (para. 41). Rather, the two shared control over their text message conversations (paras. 42 and 68). With respect, the Chief Justice’s approach gives rise to serious difficulties, and I cannot agree with it.

[150] I begin with the Chief Justice’s first proposition — that the place of the search may be a metaphorical chat room. In her view, this “electronic world of digital communication” is “every bit as real as [a] physical space” (para. 28). This position was not advanced by any of the parties, and the Chief Justice cites no authority for it. In my view, it is a fiction which has the effect of circumventing the overriding problem standing in the way of Mr. Marakah’s bid for standing, namely: that once his messages were received by Mr. Winchester, he retained no control over them whatsoever.

[151] By evaluating the reasonableness of an expectation of personal privacy in a context that is divorced from the reality of where the search actually occurred — in this case, Mr. Winchester’s phone — the Chief Justice effectively holds that participants in a communication maintain a reasonable

(3) La manière dont la Juge en chef aborde le caractère raisonnable de l’attente de M. Marakah au respect de sa vie privée

a) *Le(s) lieu(x) de la fouille et le contrôle exercé par M. Marakah sur les conversations par message texte*

[149] La Juge en chef avance que la fouille peut s’être déroulée à l’un de deux endroits : soit les policiers ont pris connaissance des conversations par message texte dans ce qu’elle appelle un « salon de cyberbavardage métaphorique » (par. 30), soit ils en ont pris connaissance sur le téléphone de M. Winchester (par. 29). Au bout du compte, la Juge en chef laisse entière la question du lieu où s’est déroulée la fouille. D’après elle, ni le salon de cyberbavardage métaphorique, ni le téléphone physique de M. Winchester n’écartent une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée (par. 28-30). Dans l’un ou l’autre scénario, « M. Marakah n’a pas renoncé au contrôle sur les renseignements » qu’il avait transmis à M. Winchester (par. 41). Les deux se partageaient plutôt le contrôle de leurs conversations par message texte (par. 42 et 68). Avec égards, l’approche de la Juge en chef pose de sérieux problèmes et je ne peux y souscrire.

[150] Je commence par la première proposition de la Juge en chef : le lieu de la fouille peut être un salon de cyberbavardage métaphorique. À son avis, cet « univers électronique de communication numérique » est « tout aussi réel qu[’un] espace physique » (par. 28). Ce point de vue n’a été exprimé par aucune des parties et la Juge en chef ne cite aucune source à l’appui. Il m’apparaît comme une fiction qui a pour effet de contourner le problème fondamental auquel se bute M. Marakah dans sa quête de la qualité pour agir, à savoir qu’une fois ses messages reçus par M. Winchester, il n’exerçait plus aucun contrôle sur eux.

[151] En évaluant le caractère raisonnable d’une attente en matière de respect de la vie privée personnelle dans un contexte étranger au véritable lieu de la fouille — en l’occurrence le téléphone de M. Winchester — la Juge en chef conclut en fait que les participants à une communication conservent

expectation of personal privacy in a text message conversation regardless of where that conversation is accessed in the real world. This cannot be right. The reasonable expectation of privacy analysis is context-driven, and requires looking at the totality of circumstances — which includes the *actual* place of the search.

[152] The Chief Justice also proposes that the place of the search may be the physical location where the text message conversations were accessed or stored — in other words, Mr. Winchester’s phone (para. 29). According to the Chief Justice, in this alternative situation, Mr. Marakah’s expectation of privacy is reduced (paras. 30 and 54), but not defeated. The Chief Justice relies on *Cole* to support her position that even though Mr. Marakah did not control Mr. Winchester’s phone, he nevertheless shared control over the text message conversations and retained a reasonable expectation of privacy in the those conversations. In my view, *Cole* does not support her conclusion.

[153] The Chief Justice likens Mr. Marakah’s shared control over the text message conversations with Mr. Winchester to Mr. Cole’s shared control over his work-issued laptop with his employer. Her analogy appears to rest on two premises. First, Mr. Marakah, like Mr. Cole, did not have exclusive control over the subject matter of the search — Mr. Cole’s employer had access to the contents of the laptop just as Mr. Winchester had access to the text message conversations (para. 42). And second, Mr. Marakah’s lack of control over Mr. Winchester’s phone is irrelevant, just as Mr. Cole’s lack of control over the laptop was irrelevant, because both Mr. Cole and Mr. Marakah exercised control “over the *information* reflected therein” — in this case, the text message conversations; in *Cole*, the pornographic images (para. 43 (emphasis in original)).

une attente raisonnable au respect de leur vie privée personnelle à l’égard d’une conversation par message texte, peu importe l’endroit où l’on prend connaissance de cette conversation dans la réalité. Cette conclusion ne peut être exacte. L’analyse de l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée est axée sur le contexte et suppose d’examiner l’ensemble des circonstances, dont le *véritable* lieu de la fouille.

[152] La Juge en chef fait en outre valoir que la fouille peut aussi se dérouler dans le lieu physique où les conversations par message texte ont été obtenues ou conservées, autrement dit, le téléphone de M. Winchester (par. 29). Selon la Juge en chef, dans cette autre situation, l’attente de M. Marakah au respect de sa vie privée est moindre (par. 30 et 54), mais non contrecarrée. La Juge en chef se fonde sur *Cole* pour étayer sa position selon laquelle, même si M. Marakah n’exerçait aucun contrôle sur le téléphone de M. Winchester, il partageait néanmoins le contrôle des conversations par message texte et gardait une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard de ces conversations. À mon avis, l’arrêt *Cole* n’appuie pas sa conclusion.

[153] La Juge en chef trace un parallèle entre le contrôle partagé de M. Marakah sur les conversations par message texte qu’il a eues avec M. Winchester et le contrôle que partageait M. Cole avec son employeur sur l’ordinateur portatif fourni pour son travail. L’analogie de la Juge en chef semble reposer sur deux prémisses. Tout d’abord, à l’instar de M. Cole, M. Marakah n’exerçait pas un contrôle exclusif sur l’objet de la fouille; l’employeur de M. Cole avait accès au contenu de l’ordinateur portatif, tout comme M. Winchester pouvait accéder aux conversations par message texte (par. 42). Ensuite, l’absence de contrôle par M. Marakah sur le téléphone de M. Winchester n’est pas pertinente, tout comme l’absence de contrôle par M. Cole sur l’ordinateur portatif, parce que tant M. Cole que M. Marakah exerçaient un contrôle « sur l’*information* qui s’y trouvait » — en l’espèce, les conversations par message texte; dans *Cole*, les images pornographiques (par. 43 (en italique dans l’original)).

[154] Respectfully, I cannot agree with either premise. In *Cole*, the pornographic images were located on a laptop in Mr. Cole’s possession, and Mr. Cole’s employer was able to *remotely* access those images. In this case, however, the text message conversations were on Mr. Winchester’s phone in Mr. Winchester’s possession, and Mr. Marakah could *not* remotely access these conversations. As such, Mr. Marakah had no control over the conversations on Mr. Winchester’s phone.

[155] The Chief Justice’s second premise — that it does not matter whether Mr. Marakah had control over Mr. Winchester’s phone — escapes me. If Mr. Marakah shared control over Mr. Winchester’s phone, or if Mr. Marakah was able to remotely access the text message conversations on Mr. Winchester’s phone, he could have deleted the text message conversations or prevented their dissemination. The ability to delete or prevent dissemination of text message conversations are telltale signs that an individual exercises control over those conversations — a compelling indicator of a reasonable expectation of privacy. Conversely, as I explain at paras. 134-35, the fact that Mr. Marakah had absolutely no ability to delete or prevent dissemination of the text message conversations on Mr. Winchester’s phone shows that Mr. Marakah had no control over the subject matter of the search in these circumstances.

[156] As indicated, the Chief Justice does not decide where the police accessed the text message conversations. She nevertheless points out that Mr. Marakah’s expectation of privacy would be stronger if the place of the search was the metaphorical chat room, than if the place of the search was Mr. Winchester’s phone (para. 54). The Chief Justice’s “either/or” approach is not only confusing, it also has serious implications for the s. 24(2) analysis.

[157] The Chief Justice appears to acknowledge at para. 68 of her reasons that a diminished expectation of privacy lessens the impact of a *Charter* infringing search on a claimant’s s. 8 rights, which favours admission under the second *Grant* factor:

[154] Soit dit en tout respect, je ne peux souscrire à aucune de ces prémisses. Dans *Cole*, les images pornographiques se trouvaient dans un ordinateur en la possession de M. Cole et l’employeur de ce dernier pouvait accéder à *distance* à ces images. En l’espèce, toutefois, les conversations par message texte étaient à l’intérieur du téléphone de M. Winchester dont il avait possession et M. Marakah *ne* pouvait *pas* accéder à distance à ces conversations. En conséquence, M. Marakah n’exerçait aucun contrôle sur elles dans le téléphone de M. Winchester.

[155] Je ne saisis pas la seconde prémisse de la Juge en chef : il importe peu que M. Marakah exerçait ou non un contrôle sur le téléphone de M. Winchester. Si M. Marakah partageait le contrôle de ce téléphone, ou s’il était en mesure d’accéder à distance à des conversations par message texte sur celui-ci, il aurait pu les supprimer ou prévenir leur diffusion. La capacité de supprimer des conversations par message texte ou d’en prévenir la diffusion est un signe éloquent de contrôle exercé sur ces conversations, un indice convaincant de l’existence d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. À l’inverse, comme je l’explique aux par. 134-135, le fait que M. Marakah n’était pas du tout en mesure de supprimer les conversations par message texte ou d’en prévenir la diffusion sur le téléphone de M. Winchester démontre qu’il n’exerçait aucun contrôle sur l’objet de la fouille dans les circonstances.

[156] Rappelons que la Juge en chef ne décide pas où les policiers ont pris connaissance des conversations par message texte. Elle souligne néanmoins que l’attente de M. Marakah au respect de sa vie privée serait plus élevée si la fouille s’était déroulée dans le salon de cyberbavardage métaphorique plutôt que dans le téléphone de M. Winchester (par. 54). Non seulement l’approche ambivalente de la Juge en chef sème-t-elle la confusion, mais elle a aussi de graves répercussions sur l’analyse relative au par. 24(2).

[157] La Juge en chef semble reconnaître au par. 68 de ses motifs qu’une attente moindre en matière de respect de la vie privée atténue l’incidence d’une fouille attentatoire sur les droits garantis au demandeur par l’art. 8, ce qui milite en faveur de

see *Cole*, at para. 92; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at paras. 76-78. In cases involving text message conversations, the third *Grant* factor will favour admission as well, as the communications will almost always be reliable: *Grant*, at para. 81. Consequently, the *Charter* infringing conduct would have to be very serious under the first *Grant* factor to justify exclusion: *Grant*, at para. 74. Indeed, it would likely need to amount to deliberate or serious misconduct by the police. Otherwise, the attenuated impact of the breach and society's interest in adjudication on the merits are likely to tilt the balance towards admission: see *Grant*, at paras. 85-86. However, by not identifying the actual place of the search, the Chief Justice equivocates on the strength of a claimant's expectation of privacy. As such, one is left to ask how courts are to engage in the difficult balancing of the three *Grant* factors, with a view to determining whether unconstitutionally obtained electronic communications should be excluded under s. 24(2).

(b) *Duarte Does Not Support the Chief Justice's Position*

[158] The Chief Justice relies on *Duarte* to say that Mr. Marakah's inability to control what Mr. Winchester did with the conversations on his phone is irrelevant to whether Mr. Marakah had a reasonable expectation of privacy in those conversations (para. 40). In the Chief Justice's view, the fact that a person has assumed the risk that the recipient may share the communication with the public is irrelevant to the reasonable expectation of privacy inquiry. This is because even though a participant to a conversation may share a record of the conversation with others, it is still reasonable to expect that *the state* will not gain access to this record (paras. 40 and 45). In the Chief Justice's view, the question of whether there is a reasonable expectation of privacy is answered in relation to *the state* in isolation, not against the public at large.

l'admission de la preuve selon le deuxième facteur énoncé dans *Grant* (voir *Cole*, par. 92; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 76-78). Dans les cas de conversations par message texte, le troisième facteur de l'arrêt *Grant* militera lui aussi en faveur de l'admission de la preuve, car les communications sont presque toujours fiables (*Grant*, par. 81). Par conséquent, il faudrait que la conduite attentatoire soit très grave à l'aune du premier facteur énoncé dans *Grant* pour justifier l'exclusion de la preuve (*Grant*, par. 74). En effet, il devrait probablement équivaloir à une inconduite délibérée ou grave de la police. Sinon, l'incidence atténuée de la violation et l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond font vraisemblablement pencher la balance en faveur de l'admission de la preuve (voir *Grant*, par. 85-86). Cependant, en n'identifiant pas le véritable lieu de la fouille, la Juge en chef se prononce de façon équivoque sur la solidité de l'attente d'un demandeur au respect de sa vie privée. Il faut donc se demander comment les tribunaux doivent se livrer à la mise en balance ardue des trois facteurs de l'arrêt *Grant* dans le but de juger s'il y a lieu d'exclure en application du par. 24(2) des communications électroniques obtenues de manière inconstitutionnelle.

b) *L'arrêt Duarte n'étaye pas le point de vue de la Juge en chef*

[158] La Juge en chef s'appuie sur l'arrêt *Duarte* pour dire que l'incapacité de M. Marakah à maîtriser ce que M. Winchester a fait des conversations sur son téléphone n'est pas pertinente pour juger si M. Marakah avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement à ces conversations (par. 40). Selon la Juge en chef, le fait qu'une personne a supporté le risque que le destinataire rende publique la communication n'est pas pertinent pour l'analyse de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Il en est ainsi parce que, même si un participant à une conversation peut communiquer une trace écrite de la conversation, il est raisonnable de s'attendre à ce que *l'État* n'ait pas accès à cette trace écrite (par. 40 et 45). De l'avis de la Juge en chef, il faut répondre à la question de savoir s'il y a attente raisonnable en matière de respect de la vie privée au regard de *l'État* pris isolément et non par rapport au grand public.

[159] As such, Mr. Marakah’s complete lack of control over the text message conversations on Mr. Winchester’s phone — which Mr. Winchester can freely share with anyone — does not defeat the reasonableness of Mr. Marakah’s expectation of personal privacy in those conversations against the state. In support of her position, the Chief Justice relies on a single passage from *Duarte*, at p. 44:

The regulation of electronic surveillance protects us from a risk of a different order, i.e., not the risk that someone will repeat our words but the much more insidious danger inherent in allowing the state, in its unfettered discretion, to record and transmit our words . . .

(C.J.’s reasons, at para. 40)

[160] I cannot accept this interpretation of *Duarte*. Like all *Charter* rights, s. 8 provides protection to individuals against the state. State conduct is therefore required to engage s. 8. Nonetheless, in this Court’s significant body of s. 8 jurisprudence, including *Duarte*, the question of whether an individual holds a reasonable expectation of privacy in a particular subject matter is answered in relation to the world at large, not the state in isolation. If an expectation of personal privacy is unreasonable against the public, then it is also unreasonable against the state. It is unreasonable for a person to expect publicly accessible information or other subject matter to remain private against the state in isolation.

[161] In *Patrick*, in finding that the accused did not have a reasonable expectation of privacy in the subject matter of the search, the Court relied heavily on the fact that the garbage bags were accessible to “street people, bottle pickers, urban foragers, nosy neighbours and mischievous children, not to mention dogs and assorted wildlife”, as well as to “the garbage collectors and the police” (para. 55 (emphasis added)). No distinction was made between public access and state access for the purpose of the reasonable expectation of privacy analysis. If the

[159] Par conséquent, l’absence totale de contrôle de M. Marakah sur les conversations par message texte enregistrées dans le téléphone de M. Winchester — que ce dernier peut librement transmettre à n’importe qui — ne rend pas déraisonnable l’attente de M. Marakah à la protection de sa vie privée personnelle à l’égard de ces conversations contre l’ingérence de l’État. La Juge en chef appuie sa position sur un seul passage de *Duarte*, p. 44 :

La réglementation de la surveillance électronique nous protège plutôt contre un risque différent : non plus le risque que quelqu’un répète nos propos, mais le danger bien plus insidieux qu’il y a à permettre que l’État, à son entière discrétion, enregistre et transmette nos propos . . .

(motifs de la Juge en chef, par. 40)

[160] Je ne puis souscrire à cette interprétation de *Duarte*. Comme dans le cas de tous les droits reconnus par la *Charte*, l’art. 8 offre aux particuliers une protection contre l’État. Une conduite étatique doit donc être présente pour faire intervenir l’art. 8. Néanmoins, dans l’abondante jurisprudence de notre Cour sur cet article, notamment *Duarte*, l’on répond à la question de savoir si une personne a une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard d’un objet précis au regard de la population en général, et non de l’État pris isolément. Si une attente en matière de respect de la vie privée est déraisonnable par rapport au public, elle l’est aussi vis-à-vis de l’État. Il est déraisonnable pour quelqu’un de s’attendre à ce qu’une information ou un autre objet accessible au public demeure confidentiel vis-à-vis de l’État pris isolément.

[161] Dans *Patrick*, en concluant que l’accusé n’avait pas d’attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la fouille, la Cour s’est fondée en grande partie sur le fait que les sacs d’ordures étaient à la portée des « sans-abri, [d]es ramasseurs de bouteilles, [d]es fouilleurs de poubelles, [d]es voisins fouineurs et [d]es galopins, sans oublier les chiens et autres animaux, ainsi que [d]es éboueurs et [d]es policiers » (par. 55 (je souligne)). La Cour n’a établi aucune distinction entre l’accès du public et celui de l’État pour les besoins de l’analyse de

public could access a garbage bag containing personal information left at the curb, so too could the police.

[162] In my view, when an individual assumes the risk of public access, they are equally assuming the risk of state access. That is why the risk of publicity has featured prominently in so many of this Court's decisions applying the reasonable expectation of privacy test: see *Patrick*, at paras. 2 and 43; *Gomboc*, at paras. 33 and 41; *Tessling*, at paras. 40 and 46-47; *Plant*, at pp. 294-95; *Stillman*, at para. 62. Translated into the circumstances of this case, if Mr. Marakah assumed the risk of Mr. Winchester allowing the public to access his text message conversations — a point which the Chief Justice appears to concede (para. 41) — then he assumed the risk of the police accessing it. The risks of state access and public access are not distinct for the purposes of the reasonable expectation of privacy test.

[163] With respect, when the passage from *Duarte* that the Chief Justice cites above is read in context, it is apparent that the Court was drawing an entirely different distinction than the one she identifies. In *Duarte*, the Court considered whether someone could hold a reasonable expectation of privacy in an ongoing conversation, despite the risk that each participant could freely share what was said after it was complete. The Court distinguished the risk that someone will repeat the contents of the private communication after it is over, from the risk that the private communication will be intercepted. The risk that a participant to a conversation will repeat the contents of a conversation after it is complete does not diminish the reasonableness of an expectation of personal privacy in the conversation while it is ongoing. Put simply, despite the reality that someone may share information from a conversation after it is complete, it is still reasonable for people to expect that their private conversations will not be covertly intercepted and recorded. In my view, this is evident from the other excerpts

l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Si la population pouvait prendre un sac d'ordures contenant des renseignements personnels laissés sur le bord de la route, la police pouvait aussi le faire.

[162] À mon avis, lorsqu'une personne supporte le risque que le public obtienne des renseignements la concernant, elle supporte tout autant le risque que l'État les obtienne. C'est pourquoi le risque de publicité occupe une place de choix dans un si grand nombre des décisions où notre Cour applique le critère de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée (voir *Patrick*, par. 2 et 43; *Gomboc*, par. 33 et 41; *Tessling*, par. 40 et 46-47; *Plant*, p. 294-295; *Stillman*, par. 62). Lorsqu'on transpose cette proposition dans les circonstances de l'espèce, on se rend compte que si M. Marakah a supporté le risque que M. Winchester permette au public de consulter ses conversations par message texte — un point que la Juge en chef semble concéder (par. 41) —, alors il a supporté le risque que les policiers les obtiennent. Ces deux risques ne diffèrent pas pour l'application du critère de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée.

[163] Avec égards, lorsqu'on interprète dans son contexte le passage de *Duarte* cité précédemment par la Juge en chef, il est évident que la Cour établissait une distinction tout à fait différente de celle dont la Juge en chef parle en l'espèce. Dans *Duarte*, la Cour s'est demandé si quelqu'un pouvait avoir une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard d'une conversation en cours malgré le risque que tous les participants communiquent librement les propos une fois celle-ci terminée. La Cour a distingué le risque que quelqu'un répète le contenu de la communication privée une fois celle-ci terminée du risque d'interception de la communication privée. Le risque qu'un participant à une conversation répète le contenu de celle-ci une fois qu'elle est terminée ne rend pas moins raisonnable l'attente en matière de respect de la vie privée personnelle à l'égard de la conversation en cours. Autrement dit, malgré la possibilité que quelqu'un communique des renseignements tirés d'une conversation une fois celle-ci terminée, il est raisonnable pour les gens de s'attendre à ce que leurs conversations privées ne



from *Duarte* where these distinct risks are being discussed *without* reference to the state:

The rationale for regulating the power of the state to record communications that their originator expects will not be intercepted by anyone other than the person intended by the originator to receive it (see definition section of Part IV.1 [now Part VI] of the *Code*) has nothing to do with protecting individuals from the threat that their interlocutors will divulge communications that are meant to be private. . . .

I am unable to see any similarity between the risk that someone will listen to one's words with the intention of repeating them and the risk involved when someone listens to them while simultaneously making a permanent electronic record of them. . . . [T]he law recognizes that we inherently have to bear the risk of the "tattletale" but draws the line at concluding that we must also bear, as the price of choosing to speak to another human being, the risk of having a permanent electronic recording made of our words. [Emphasis added.]

(*Duarte*, at pp. 43-44 and 48)

[164] It is helpful to recall that *Duarte* was concerned with whether an interception of a private communication amounted to a search under s. 8 of the *Charter*. In this context, it makes sense to consider the intrusive effects of *state* surveillance on the communicative process. That does not mean that a person's reasonable expectation of personal privacy against the state is distinct from his or her reasonable expectation of personal privacy against the world.

[165] In sum, far from supporting the Chief Justice's view, *Duarte* in fact undercuts it. *Duarte* draws a crucial distinction between the context of an interception during the communicative process and subsequent access to a recollection of a communication. In doing so, *Duarte* illustrates the idea that the reasonableness of an expectation of personal

soient pas secrètement interceptées et enregistrées. À mon avis, c'est ce qui ressort des autres extraits de *Duarte* où la Cour examine ces risques distincts *sans* parler de l'État :

La raison d'être de la réglementation du pouvoir de l'État d'enregistrer des communications dont l'auteur s'attend à ce qu'elles ne soient entendues que par leur destinataire (voir les définitions à la partie IV.1 [maintenant la partie VI] du *Code*) n'a rien à voir avec la protection de particuliers contre la menace que leurs interlocuteurs divulguent des communications censément privées. . . .

Je ne vois pas de similitude entre le risque que quelqu'un écoute nos propos avec l'intention de les répéter et le risque couru quand quelqu'un les écoute et en fait simultanément un enregistrement électronique permanent. [ . . . ] [L]e droit reconnaît que nous devons par la force des choses assumer le risque posé par le « rapporteur », mais refuse d'aller jusqu'à conclure que nous devons en outre supporter, comme prix de l'exercice du choix d'adresser la parole à un autre être humain, le risque que soit fait un enregistrement électronique permanent de nos propos. [Je souligne.]

(*Duarte*, p. 43-44 et 48)

[164] Il convient de rappeler que *Duarte* portait sur la question de savoir si l'interception d'une communication privée équivalait à une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Dans ce contexte, il est logique de prendre en compte les effets envahissants de la surveillance par l'*État* du processus de communication. Cela ne veut pas dire que l'attente raisonnable d'une personne à la protection de sa vie privée personnelle contre l'État diffère de son attente raisonnable à la protection de sa vie privée personnelle contre tout le monde.

[165] En somme, au lieu d'étayer le point de vue de la Juge en chef, l'arrêt *Duarte* l'affaiblit. *Duarte* établit une distinction cruciale entre une interception faite au cours du processus de communication et l'obtention subséquente du souvenir d'une communication. Ce faisant, *Duarte* montre que le caractère raisonnable d'une attente en matière de

privacy will vary depending on context. *Duarte* stands for the proposition that it is reasonable for people to go about their business and carry out their daily activities in the expectation that their private conversations will not be clandestinely intercepted and recorded. That is because in this situation, an individual has control over the circumstances in which something is said — including the medium of the communication and who it is said to.

[166] That is a far cry from a case like the present one. Here, there was no covert intrusion on the communicative process and both parties were completely aware that in texting each other, they were creating independent records of their conversations that would fall within the exclusive control of the other. *Duarte* therefore provides no support for Mr. Marakah’s standing claim. If anything, the reasoning in *Duarte* implicitly suggests that no reasonable expectation of privacy exists in a record of a private communication that falls under the exclusive control of another participant and may be freely shared with others: see pp. 43-44 and 48-49; see also *Wong*, at p. 48. Indeed, the Court was unequivocal that individuals “inherently have to bear the risk of the ‘tattletale’”: *Duarte*, at p. 48.

(c) *The Chief Justice Attempts to Limit Her Analysis to the Facts of This Case*

[167] The Chief Justice attempts to confine her analysis to the particular circumstances of this case, noting that “different facts may well lead to a different result” (para. 55). In other words, finding a reasonable expectation of privacy in this case does not mean that a text message conversation will always attract a reasonable expectation of privacy (para. 5). With respect, the Chief Justice purports to limit her analysis to the facts of this case in a way that is difficult to comprehend. If by texting each other, Mr. Marakah and Mr. Winchester created a “metaphorical chat room” over which they shared control, I fail to see how the same would not be true for any participant to a text message conversation. Similarly,

respect de la vie privée varie selon le contexte. L’arrêt *Duarte* permet d’affirmer que les gens peuvent raisonnablement s’attendre à pouvoir vaquer à leurs occupations et exercer leurs activités quotidiennes sans que leurs conversations privées soient clandestinement interceptées et enregistrées. Il en est ainsi parce que dans ce cas, un particulier maîtrise les circonstances dans lesquelles on dit quelque chose, y compris le moyen de communication et le destinataire des propos.

[166] On est loin d’un cas comme la présente affaire. En l’espèce, il n’y a eu aucune atteinte clandestine au processus de communication et les deux parties savaient parfaitement qu’en s’envoyant des messages textes, elles créaient des relevés distincts reproduisant leurs conversations qui seraient assujettis au contrôle exclusif de l’autre. L’arrêt *Duarte* ne saurait donc appuyer la prétention de M. Marakah selon laquelle il a qualité pour agir. Le raisonnement de l’arrêt *Duarte* laisse même plutôt entendre qu’il n’existe aucune attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l’égard d’un relevé contenant une communication privée qui ressortit au contrôle exclusif d’un interlocuteur et peut être librement transmis à d’autres personnes (voir p. 43-44 et 48-49; voir aussi *Wong*, p. 48). En effet, la Cour a affirmé sans équivoque que les particuliers « d[oi]vent par la force des choses assumer le risque posé par le “rapporteur” » (*Duarte*, p. 48).

(c) *La Juge en chef tente de restreindre son analyse aux faits de l’espèce*

[167] La Juge en chef tente de restreindre son analyse aux circonstances particulières de l’espèce en faisant remarquer que « des faits différents pourraient fort bien aboutir à un résultat différent » (par. 55). En d’autres termes, conclure à l’existence d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée en l’espèce ne veut pas dire qu’une conversation par message texte suscitera toujours pareille attente (par. 5). Malgré tout le respect que je lui dois, la Juge en chef prétend limiter son analyse aux faits de l’espèce d’une manière difficile à saisir. Si en se textant, M. Marakah et M. Winchester ont créé un « salon de cyberbavardage métaphorique » dont ils se partageaient le contrôle, je ne vois pas

if Mr. Marakah does exercise control over the text message conversations on Mr. Winchester's phone, it seems to me that any person who sends a text message will retain control over the conversation on the recipient's phone. In my view, contrary to what the Chief Justice states at para. 5 of her reasons, her approach does in fact "lead inexorably to the conclusion that an exchange of electronic messages *will always* attract a reasonable expectation of privacy" (emphasis in original).

[168] In sum, as I read her reasons, the Chief Justice effectively holds that *everyone* has a reasonable expectation of privacy in text message conversations, even when those conversations are on another person's phone. As such, under her all-encompassing approach to standing, even a sexual predator who lures a child into committing sexual acts and then threatens to kill the child if he or she tells anyone will retain a reasonable expectation of privacy in the text message conversations on the child's phone. Likewise, an abusive ex-husband who sends harassing text messages to his ex-wife and threatens to harm her and their children if she goes to the police will retain a reasonable expectation of privacy in the text message conversations on the ex-wife's phone.

[169] With respect, these examples show that the Chief Justice's approach to standing is effectively boundless. To hold that the sexual predator and the abusive spouse retain a *reasonable* expectation of privacy in the text messages once they are received by their victims is remarkable. Indeed, I am hard pressed to think of anything more *unreasonable*. This effectively eradicates the principle of standing and renders it all but meaningless.

[170] And it is no answer to say, as the Chief Justice does, that granting the sexual predator or the

pourquoi il n'en serait pas ainsi pour tout participant à une conversation par message texte. De même, si M. Marakah exerce effectivement un contrôle sur les conversations par message texte dans le téléphone de M. Winchester, il me semble que tout expéditeur d'un message texte gardera le contrôle de la conversation dans le téléphone du destinataire. À mon avis, contrairement à ce que mentionne la Juge en chef au par. 5 de ses motifs, son approche « conduit [. . .] forcément [en fait] à la conclusion selon laquelle un échange de messages électroniques fait *toujours* naître une [. . .] attente raisonnable en matière de respect de la vie privée » (en italique dans l'original).

[168] Bref, selon mon interprétation de ses motifs, la Juge en chef conclut bel et bien que *tout le monde* a une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard de conversations par message texte, même celles enregistrées dans le téléphone d'une autre personne. Par conséquent, d'après la manière très large dont elle aborde la qualité pour agir, même le prédateur sexuel qui induit un enfant à commettre des actes sexuels et qui menace ensuite de le tuer s'il parle à qui que ce soit conservera une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement aux conversations par message texte sur le téléphone de l'enfant. Dans le même ordre d'idées, l'homme violent qui envoie à son ex-épouse des messages afin de la harceler et menace de faire du mal à elle et à leurs enfants si elle porte plainte à la police conservera une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des conversations par message texte sur le téléphone de l'ex-épouse.

[169] Soit dit en tout respect, les exemples ci-dessus montrent que la conception que se fait la Juge en chef de la qualité pour agir est effectivement dépourvue de limites. Conclure que le prédateur sexuel et le conjoint violent conservent une attente *raisonnable* au respect de leur vie privée à l'égard des messages textes reçus par leurs victimes est étonnant. En effet, j'ai peine à imaginer quelque chose de plus *déraisonnable*. Cette conclusion supprime dans les faits le principe de la qualité pour agir et le rend pour ainsi dire inutile.

[170] Et il ne sert à rien de répondre, comme le fait la Juge en chef, qu'accorder la qualité pour agir

abusive spouse standing does not mean that the text messages on their victims' phones will necessarily be excluded from evidence; rather, it simply gives them the right to challenge the admissibility of those messages (C.J.'s reasons, at paras. 49-52).

[171] With respect, that response not only misses the point, it emphatically makes the point that on the Chief Justice's approach, the principle of standing is virtually limitless and, for all intents and purposes, it ceases to exist when two or more people converse with each other through text messaging or any other electronic medium. In short, it belies the Chief Justice's overriding position that standing is to be assessed on a case-by-case basis, having regard to the totality of the circumstances, and that Mr. Marakah's successful claim to standing is limited to the facts and circumstances of his case: C.J.'s reasons, at paras. 5, 51 and 55.

[172] But even if I have misconstrued her position on this, the Chief Justice provides no guidance as to what factors would militate against finding a reasonable expectation of privacy in an electronic communication; nor does she explain why the circumstances of this case are different than any other case where people participate in a text message conversation. Police, defence and Crown counsel, trial and appellate judges, and the public at large, are left to guess when and under what circumstances electronic messages will not attract a reasonable expectation of privacy. With respect, that is a highly unsatisfactory state of affairs.

(4) The Freedom of Individuals to Share Information Over Which They Have Exclusive Control

[173] In my view, it is unreasonable to expect another individual to maintain the privacy in text message conversations over which that individual has

au prédateur sexuel ou au conjoint violent n'entraînera pas nécessairement l'exclusion des messages textes sur les téléphones de ses victimes; la qualité pour agir leur donne plutôt uniquement le droit de contester l'admissibilité en preuve de ces messages (motifs de la Juge en chef, par. 49-52).

[171] Soit dit en tout respect, cette réponse ne fait pas que passer à côté de la question : elle démontre de manière évidente que, suivant l'approche de la Juge en chef, le principe de la qualité pour agir ne connaît pratiquement aucune limite et qu'il cesse d'exister à toutes fins utiles quand deux personnes ou plus conversent entre elles par messagerie texte ou au moyen de tout autre support électronique. Bref, cette réponse dément la position prédominante de la Juge en chef selon laquelle il faut évaluer la qualité pour agir au cas par cas eu égard à l'ensemble des circonstances, et le succès de la demande de qualité pour agir présentée par M. Marakah se limite aux faits et aux circonstances de sa cause (motifs de la Juge en chef, par. 5, 51 et 55).

[172] Même si j'ai mal interprété sa position sur ce point, la Juge en chef ne fournit aucune indication quant aux facteurs qui empêcheraient de conclure à l'existence d'une attente raisonnable au respect de la vie privée à l'égard d'une conversation électronique, et elle n'explique pas non plus en quoi les circonstances de l'espèce diffèrent de celles de tout autre cas où des gens prennent part à une conversation par message texte. Les policiers, les avocats de la défense et les procureurs de la Couronne ainsi que les juges de première instance, ceux des cours d'appel et le grand public en sont réduits à deviner quand et dans quelles circonstances les messages électroniques ne susciteront pas une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Avec égards, cette situation est fort insatisfaisante.

(4) La liberté des particuliers de communiquer les renseignements sur lesquels ils exercent un contrôle exclusif

[173] À mon avis, nul ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une autre personne protège le caractère privé de conversations par message texte sur

exclusive control. This is because — save for limited exceptions which do not apply in this case — individuals are free to share information that falls within their control as they see fit.

[174] Sharing a record of a private communication may be motivated by things as diverse as an opportunity for personal gain, a temptation to gossip, a request from a third party, or for no reason at all. At the extreme end, where a private communication takes the sinister form of a death threat or sexual luring of a child, an individual's sharing may be motivated by interests as sacrosanct as an individual's personal safety, dignity and liberty: see *R. v. Sandhu*, 2014 BCSC 303; *R. v. Lowrey*, 2016 ABPC 131, 357 C.R.R. (2d) 76; *R. v. Craig*, 2016 BCCA 154, 335 C.C.C. (3d) 28.

[175] Indeed, in some cases, a private communication may involve physical violence, as in the case of a person capturing a video of verbal and physical abuse by his or her partner. It is unrealistic to say that a person will have a reasonable expectation of privacy in records of communications over which that person has no control and which are under the exclusive control of someone else. That sexual predators and abusive partners could maintain a reasonable expectation of privacy in records of communications within the exclusive control of their victims illustrates the implausibility of this proposition.

[176] Not only is this proposition implausible, it is also at odds with what this Court has recognized as a hallmark of a free and democratic society — namely, the freedom of individuals to share information as they wish: see *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, at paras. 48-49 and 86; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 125. Section 8 protects “standards of privacy that persons can expect to enjoy in a free and democratic society”: see *Wong*, at p. 61. Given that our society recognizes that people may freely share information as

lesquelles cette personne exerce un contrôle exclusif. En effet, sauf quelques exceptions qui ne s'appliquent pas en l'espèce, les particuliers peuvent communiquer comme bon leur semble les renseignements dont ils ont le contrôle.

[174] La transmission de la trace d'une communication privée peut être motivée par des choses aussi variées que la possibilité d'un gain personnel, la tentation du commérage, une demande d'un tiers ou pour aucune raison. À l'extrémité de l'éventail, lorsqu'une communication privée tourne à la menace de mort ou au leurre d'enfant à des fins sexuelles, la communication de renseignements peut être motivée par des droits aussi sacro-saints que la sécurité, la dignité et la liberté personnelles d'un particulier (voir *R. c. Sandhu*, 2014 BCSC 303; *R. c. Lowrey*, 2016 ABPC 131, 357 C.R.R. (2d) 76; *R. c. Craig*, 2016 BCCA 154, 335 C.C.C. (3d) 28).

[175] En effet, dans certains cas, la communication privée peut concerner de la violence physique, comme dans le cas d'une personne qui enregistre une vidéo montrant la violence verbale et physique que lui fait subir son conjoint. Il n'est pas réaliste de dire qu'une personne a une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des traces de communications sur lesquelles elle n'exerce aucun contrôle et qui ressortissent au contrôle exclusif de quelqu'un d'autre. La possibilité que des prédateurs sexuels et des conjoints violents conservent une attente raisonnable au respect de leur vie privée à l'égard de traces de communications qui ressortissent au contrôle exclusif de leurs victimes illustre l'in vraisemblance de cette proposition.

[176] Non seulement cette proposition est-elle invraisemblable, mais elle contredit également ce que notre Cour a reconnu comme une marque d'une société libre et démocratique, à savoir la liberté des particuliers de communiquer à leur guise des renseignements : voir *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640, par. 48-49 et 86; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 125. L'article 8 protège les « normes du respect de la vie privée auxquelles on peut s'attendre dans une société libre et démocratique » (voir *Wong*, p. 61). Puisque notre société

they see fit, it is unreasonable to expect privacy in informational subject matter that falls within the exclusive control of another person. Such an expectation would run counter to what society has deemed both valuable and fundamental — the freedom to share information.

[177] It follows that the proper approach to s. 8 is one that recognizes that, absent a relationship connoting some measure of constructive control, including a legal, professional or commercial relationship of the kind described above (at paras. 137-42), each participant in a text message conversation can choose to keep his or her record of it private, or to share it freely with anyone or everyone, including with the police. To conclude otherwise would not only be inconsistent with a core Canadian value, it would also greatly expand s. 8 standing, with serious implications for the administration of criminal justice.

(5) Practical Considerations Regarding Law Enforcement and the Administration of Criminal Justice

(a) *Granting Mr. Marakah Standing Would Burden an Already Overburdened Criminal Justice System*

[178] Since *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, courts have acknowledged that the protection guaranteed under s. 8 of the *Charter* entails striking a balance between privacy and law enforcement interests (pp. 159-60):

... an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

[179] The need to balance “societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement” has been specifically identified as a key consideration informing

reconnaît que les gens peuvent communiquer librement de l'information comme bon leur semble, il est déraisonnable de s'attendre au respect de la vie privée à l'égard d'un objet informationnel relevant du contrôle exclusif d'une autre personne. Pareille attente irait à l'encontre de ce que la société a jugé précieux et fondamental : la liberté de communiquer des renseignements.

[177] Il s'ensuit que la bonne façon d'aborder l'art. 8 consiste à reconnaître qu'en l'absence d'une relation dénotant un certain contrôle imputé, notamment une relation juridique, professionnelle ou commerciale du genre décrit ci-dessus (par. 137-142), chaque participant à une conversation par message texte peut choisir d'en garder la trace écrite confidentielle, ou de la transmettre librement à tout un chacun, y compris la police. Toute autre conclusion serait non seulement contraire à une valeur centrale du Canada, mais aurait aussi pour effet d'élargir considérablement la qualité pour agir au titre de l'art. 8 en plus d'être lourde de conséquences pour l'administration de la justice pénale.

(5) Considérations d'ordre pratique concernant l'application de la loi et l'administration de la justice pénale

a) *Accorder à M. Marakah la qualité pour agir alourdirait un système de justice pénale déjà surchargé*

[178] Depuis l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, les tribunaux reconnaissent que la protection garantie par l'art. 8 de la *Charte* suppose que l'on établisse un équilibre entre le droit au respect de la vie privée et l'intérêt à appliquer la loi (p. 159-160) :

... il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

[179] La nécessité de mettre en balance les « droits sociétaux à la protection de la dignité, de l'intégrité et de l'autonomie de la personne et l'application efficace de la loi » a été expressément reconnue

the reasonable expectation of privacy test: *Patrick*, at para. 20, quoting *Plant*, at p. 293; see also *Tessling*, at paras. 17-18; *Duarte*, at pp. 45 and 49; *Dyment*, at p. 428.

[180] In the present case, if it is determined that Mr. Marakah has a reasonable expectation of personal privacy in the text message conversations on Mr. Winchester's phone, I foresee a number of troubling consequences for law enforcement and the administration of criminal justice that could disrupt this balance. Although these consequences are not determinative of the reasonableness of Mr. Marakah's expectation of privacy, their cumulative effect weighs heavily in favour of denying him standing.

[181] Under the Chief Justice's approach, where police search a cellphone or other device for an electronic communication, any participant to that communication would have standing to challenge the lawfulness of the search. The same may be true even where a witness voluntarily shares an electronic communication with the police, as there remains uncertainty in the law as to whether reception by police of this evidence amounts to a search engaging s. 8 of the *Charter*: see *R. v. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649, at paras. 21-35 (CanLII) (per Doherty J.A.). As such, in these circumstances, s. 8 may be engaged and a search warrant may well be necessary to comply with s. 8. Indeed, the Chief Justice appears to concede that police may require a warrant even where a victim or his or her parents voluntarily provide police with threatening or offensive text messages: see C.J.'s reasons, at para. 50.

[182] The law governing third party consent presents further difficulties. In *Cole*, at paras. 74-79, this Court rejected the notion that "a third party could validly consent to a search or otherwise waive a constitutional protection on behalf of another" (para. 79). If this stands as a strict rule, then the police would never be able to obtain information about an accused

comme un facteur clé qui sous-tend le critère de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée (*Patrick*, par. 20, citant *Plant*, p. 293; voir aussi *Tessling*, par. 17-18; *Duarte*, p. 45 et 49; *Dyment*, p. 428).

[180] En l'espèce, si l'on décide que M. Marakah a une attente raisonnable au respect de sa vie privée personnelle à l'égard des conversations par message texte dans le téléphone de M. Winchester, j'entrevois plusieurs conséquences inquiétantes pour l'application de la loi et l'administration de la justice pénale qui pourraient rompre cet équilibre. Bien que ces conséquences ne soient pas déterminantes quant au caractère raisonnable de l'attente de M. Marakah au respect de sa vie privée, leur effet cumulatif milite fortement en faveur du refus de lui accorder la qualité pour agir.

[181] Suivant l'approche de la Juge en chef, lorsque les policiers cherchent une communication électronique à l'intérieur d'un cellulaire ou d'un autre appareil, tout participant à cette communication aurait qualité pour contester la légalité de la fouille. Cela vaut même lorsqu'un témoin divulgue de son plein gré une communication électronique à la police, car le droit n'indique toujours pas avec certitude si la réception de ces messages par les policiers constitue une fouille qui met en jeu l'art. 8 de la *Charte* (voir *R. c. Orlandis-Habsburgo*, 2017 ONCA 649, par. 21-35 (CanLII) (le juge Doherty)). Ainsi, vu ces circonstances, l'art. 8 peut entrer en jeu et un mandat pourrait fort bien s'avérer nécessaire pour respecter cette disposition. En fait, la Juge en chef semble admettre que les policiers pourraient devoir obtenir un mandat même dans un cas où la victime ou ses parents divulguent de leur plein gré aux policiers des messages textes menaçants ou offensants (voir les motifs de la Juge en chef, par. 50).

[182] Le droit applicable au consentement d'un tiers présente des difficultés supplémentaires. Dans l'arrêt *Cole*, par. 74-79, notre Cour a rejeté l'idée qu'« un tiers p[uisse] donner un consentement valide à une fouille ou autrement renoncer à une garantie constitutionnelle pour le compte d'une autre personne » (par. 79). S'il s'agit d'une règle stricte,

through electronic communications offered by victims and witnesses on consent. Anytime this occurred, an accused person would have standing to challenge that search and it would constitute an automatic infringement of the accused's s. 8 rights. As a result, the overall number of instances where the police will be required to obtain judicial authorizations to gather evidence could increase dramatically.

[183] Even if the prohibition on third party consent is relaxed, this would not solve the problem. The doctrine of consent still has onerous requirements which would undoubtedly be put to the test by accused persons seeking to exclude evidence provided by witnesses “on consent”: see *R. v. Reeves*, 2017 ONCA 365, 350 C.C.C. (3d) 1, at paras. 51 and 63-71. In the absence of a warrant, any search or seizure of this evidence by the police would be presumed to be an unreasonable search and the Crown would bear the burden of demonstrating compliance with s. 8: *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851, at para. 21; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 277-78. This would require the Crown to establish on a balance of probabilities that the elements of fully informed and voluntary consent were met: see *R. v. Wills* (1992), 7 O.R. (3d) 337 (C.A.), at pp. 353-54; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145, at p. 162. And it would not be a foregone conclusion that these requirements could always be satisfied. For example, in assessing the issue of consent, it is possible that the capacity of vulnerable complainants — including children, adults with mental disabilities, or the elderly — could be challenged, as could the validity of consent provided by a reluctant or recanting witness.

[184] Moreover, the process itself could be needlessly harmful, exposing children or other vulnerable witnesses to cross-examination about consent given to the police to search their phones or other devices for private communications that may involve threats or sexual predation: see *Sandhu* (2014), *Lowrey* and *Craig*. Ultimately, the resulting uncertainty is likely

les policiers ne pourraient jamais obtenir de l'information sur un accusé grâce aux communications électroniques transmises sur consentement par des victimes et des témoins. Chaque fois que cela se produit, l'accusé aurait qualité pour contester cette fouille, laquelle constituerait automatiquement une atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 8. Par conséquent, le nombre total de cas où la police devra obtenir une autorisation judiciaire pour recueillir des éléments de preuve risque d'augmenter de façon spectaculaire.

[183] Même si l'interdiction du consentement d'un tiers était assouplie, cela ne réglerait pas le problème. La doctrine du consentement demeure assortie d'exigences rigoureuses qui pourraient sans aucun doute être mises à l'épreuve par les accusés cherchant à faire écarter des éléments de preuve fournis « sur consentement » par des témoins (voir *R. c. Reeves*, 2017 ONCA 365, 350 C.C.C. (3d) 1, par. 51 et 63-71). En l'absence d'un mandat, la recherche ou la saisie de ces éléments de preuve par la police serait présumée constituer une fouille ou perquisition abusive et il incomberait à la Couronne de démontrer la conformité à l'art. 8 (*R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851, par. 21; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 277-278), ce qui obligerait la Couronne à établir, selon la prépondérance des probabilités, que les conditions relatives au consentement libre et éclairé ont été remplies : voir *R. c. Wills* (1992), 7 O.R. (3d) 337 (C.A.), p. 353-354; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145, p. 162. Et il n'est pas acquis que l'on pourrait toujours satisfaire à ces exigences. Par exemple, lorsqu'on se penche sur la question du consentement, il se peut que la capacité de plaignants vulnérables — notamment les enfants, les adultes souffrant d'une déficience mentale ou les aînés — soit contestée, tout comme la validité du consentement donné par un témoin récalcitrant ou qui se rétracte.

[184] De plus, le processus lui-même pourrait être inutilement préjudiciable et soumettre des enfants ou d'autres témoins vulnérables à un contre-interrogatoire portant sur le consentement donné à la police de procéder à la fouille de leurs téléphones ou autres appareils afin de prendre connaissance des communications privées pouvant comporter des



to cause police to seek judicial authorizations in most cases out of an abundance of caution to take basic investigative steps such as obtaining records of electronic communications between witnesses and accused persons.

[185] The increased need for these judicial authorizations could strain police and judicial resources in an already overburdened criminal justice system. Investigations would be slowed, more judicial officers would be required, and the administration of criminal justice as a whole will suffer. And the effects do not end at the investigative stage.

[186] At the trial stage, each of the above repercussions could significantly complicate and prolong proceedings. For example, in large project prosecutions, accused persons could gain standing to challenge numerous searches conducted against collateral targets that yield records of any private communications involving the accused person: see *R. v. McBride*, 2016 BCSC 1059, at para. 2. Beyond the court time and resources required to accommodate this litigation, it could significantly expand the scope of already voluminous disclosure that would become relevant in mounting these collateral s. 8 challenges.

[187] The Chief Justice does not provide any solutions to these foreseeable consequences, stating that “[i]f and when such concerns arise, it will be for courts to address them” (para. 53). But experience teaches that these concerns are real — and we ignore them at our peril. It is only prudent for this Court to consider the predictable consequences of its decision in a case like the present one, which has major implications for the criminal justice system. This is especially so at a time where our criminal justice system is stressed to the breaking point. In this regard, I note that the Chief Justice’s decision to leave for another day these obvious concerns departs from the approach taken in past criminal law

menaces ou de la prédation sexuelle (voir *Sandhu* (2014), *Lowrey et Craig*). Au bout du compte, l’incertitude en résultant risque d’amener la police à demander une autorisation judiciaire dans la plupart des cas par excès de prudence pour prendre des mesures d’enquête élémentaires comme obtenir les relevés reproduisant des communications électroniques entre des témoins et des accusés.

[185] La nécessité accrue d’obtenir cette autorisation judiciaire pourrait grever les ressources policières et judiciaires d’un système de justice pénale déjà surchargé. Les enquêtes seraient ralenties, il faudrait plus de fonctionnaires judiciaires et l’administration de la justice pénale tout entière en souffrira. Et les effets ne s’arrêtent pas à l’étape de l’enquête.

[186] À l’étape du procès, chacune des répercussions susmentionnées pourrait considérablement compliquer et prolonger les instances. Par exemple, dans les projets de poursuites de grande envergure, l’accusé pourrait se voir reconnaître la qualité pour contester maintes fouilles ou perquisitions effectuées à l’encontre de cibles indirectes qui cèdent des traces des communications privées auxquelles a participé l’accusé (voir *R. c. McBride*, 2016 BCSC 1059, par. 2). Outre le temps d’audience et les ressources judiciaires nécessaires pour répondre aux besoins d’un tel litige, cela pourrait considérablement élargir la portée de la communication de la preuve déjà volumineuse qui deviendrait pertinente dans la préparation de ces contestations incidentes fondées sur l’art. 8.

[187] La Juge en chef n’offre aucune solution à ces conséquences prévisibles, disant que « [s]i de telles craintes se concrétisent, et quand elles se concrétiseront, il appartiendra aux tribunaux d’y répondre » (par. 53). Or, l’expérience nous enseigne que ces craintes sont réelles et que nous en faisons abstraction à nos risques et périls. Notre Cour fait uniquement preuve de prudence en examinant les conséquences prévisibles de sa décision dans une cause comme celle dont nous sommes saisis, qui a d’énormes répercussions sur le système de justice pénale. Cela est d’autant plus vrai à une époque où notre système de justice pénale subit des pressions quasi insupportables. À ce chapitre, je constate que la décision de

matters, where she herself has engaged in elaborate forecasting of the doctrinal and practical implications arising from this Court's decisions: see e.g. *R. v. D.A.I.*, 2012 SCC 5, [2012] 1 S.C.R. 149, at paras. 64-71 (per McLachlin C.J.); *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346, at paras. 19-21, 38-42, 44-49 and 52-53 (per McLachlin C.J. and Cromwell J.).

[188] In my view, the cumulative effect of the practical concerns for law enforcement and the administration of criminal justice weighs heavily in favour of denying standing to claimants such as Mr. Marakah.

[189] In saying this, I wish to stress that denying Mr. Marakah standing does not grant the police immunity from s. 8 of the *Charter*. Where, as here, the police activity amounts to a search or seizure, it remains subject to s. 8 and a particular claimant's standing should not be mistaken as the exclusive means of enforcement. Another claimant may have standing to bring a s. 8 challenge against the search or seizure in his or her own criminal trial, or to bring a claim for *Charter* damages: see *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28. Moreover, as I will now explain, even where s. 8 standing is denied, ss. 7 and 11(d) of the *Charter* offer residual protection that can, in certain circumstances, provide a claimant with an alternative route to challenge the propriety of police conduct in the course of a search or seizure.

- (b) *Sections 7 and 11(d) of the Charter Ensure Protection Against Police Abuse and Charter Evasion*

[190] Mr. Marakah suggests that denying him standing will create a gap in the protection guaranteed

la Juge en chef de reporter à plus tard l'examen de ces craintes évidentes s'écarte de la démarche adoptée dans des affaires antérieures de droit criminel où elle s'est elle-même livrée à des prévisions détaillées sur les ramifications doctrinales et pratiques de la jurisprudence de notre Cour (voir p. ex. *R. c. D.A.I.*, 2012 CSC 5, [2012] 1 R.C.S. 149, par. 64-71 (la juge en chef McLachlin); *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, par. 19-21, 38-42, 44-49 et 52-53 (la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell)).

[188] À mon avis, l'effet cumulatif des préoccupations d'ordre pratique concernant l'application de la loi et l'administration de la justice pénale milite fortement en faveur du refus de reconnaître la qualité pour agir aux demandeurs comme M. Marakah.

[189] Cela dit, je tiens à souligner que le fait de refuser à M. Marakah la qualité pour agir ne met pas la police à l'abri de l'art. 8 de la *Charte*. Lorsque, comme en l'espèce, l'activité policière constitue une fouille, une perquisition ou une saisie, elle demeure assujettie à l'art. 8 et la qualité pour agir d'un demandeur en particulier ne doit pas être prise pour l'unique moyen de faire respecter les droits. Un autre demandeur pourrait avoir qualité pour présenter une contestation fondée sur l'art. 8 à l'encontre d'une fouille, perquisition ou saisie dans son propre procès criminel, ou pour présenter une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* (voir *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28). De plus, comme je vais maintenant l'expliquer, même lorsque la qualité pour présenter une contestation fondée sur l'art. 8 est refusée, l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* offrent une protection résiduelle qui peut, dans certaines circonstances, permettre à un demandeur d'emprunter une autre voie pour contester le bien-fondé de la conduite policière au cours d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie.

- (b) *L'article 7 et l'al. 11d) de la Charte assurent une protection contre la conduite abusive des policiers et la tentative de ceux-ci de soustraire à l'application de la Charte*

[190] M. Marakah prétend que le fait de lui refuser la qualité pour agir créera une faille dans la

by s. 8 of the *Charter* and “[p]olice would remain free to search through the contents of a recipient’s cell phone, without any lawful authority whatsoever, to collect evidence against the sender”: A.F., at para. 61. He echoes the comments of LaForme J.A., at paras. 173-74 of his dissenting reasons at the Court of Appeal:

Increasingly, the police have access to records of electronic communications stored by third parties. And, as far as text messages are concerned, they will always have this ability since there will always be at least two parties with a copy of the messages.

In my view, concluding that individuals cannot challenge the search or seizure of records of their text messages will permit the Crown to routinely admit such messages into evidence even if the messages were obtained in defiance of *Charter*-protected rights and even if the admission of the evidence will bring the administration of justice into disrepute.

[191] This concern about the police exploiting the effects of the standing requirement through targeting third party devices without lawful authority is not borne out by experience. Following this Court’s decision in *Edwards*, there is no evidence of any epidemic of unlawful residential searches seeking evidence against third parties. Nor is there evidence of a flood of unlawful car searches targeting passengers after this Court’s decision in *Belnavis*. As indicated, irrespective of whether a particular claimant has standing, the police remain subject to s. 8 of the *Charter* when they conduct a search of a home, a car or a cellphone.

[192] More importantly, insofar as deliberate *Charter* evasion is a realistic concern, it can be fully addressed under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, which, in conjunction with s. 24(1), empower a trial judge to exclude evidence as a matter of trial fairness: *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R.

protection garantie par l’art. 8 de la *Charte* et que [TRADUCTION] « [I]a police demeurerait libre de fouiller le téléphone cellulaire d’un destinataire, sans aucune autorisation légale, afin de recueillir des éléments de preuve contre l’expéditeur » (m.a., par. 61). Il reprend les propos tenus par le juge LaForme aux par. 173-174 de ses motifs dissidents en Cour d’appel :

[TRADUCTION] Les policiers ont de plus en plus accès à des relevés contenant des communications électroniques conservés par des tiers. Et, pour ce qui est des messages textes, ils auront toujours cette possibilité puisqu’il y aura toujours au moins deux parties en possession d’une copie des messages.

À mon avis, conclure que les personnes ne peuvent pas contester la fouille ou la saisie des relevés contenant leurs messages textes permettra à la Couronne de faire admettre couramment en preuve ces messages, même s’ils ont été obtenus au mépris de droits garantis par la *Charte* et même si l’admission des éléments de preuve déconsidérera l’administration de la justice.

[191] Cette crainte que la police exploite les effets de l’exigence relative à la qualité pour agir en prenant pour cibles les appareils de tiers sans autorisation légale n’est pas confirmée par l’expérience. Depuis l’arrêt *Edwards* de notre Cour, rien ne prouve qu’il y ait eu une épidémie de perquisitions résidentielles illégales visant à recueillir des éléments de preuve contre des tiers. Rien ne prouve non plus qu’il y ait eu un déluge de fouilles illégales d’automobiles visant les passagers à la suite de l’arrêt *Belnavis* de notre Cour. Comme je l’ai indiqué, indépendamment de la question de savoir si un demandeur en particulier a qualité pour agir, la police demeure assujettie à l’art. 8 de la *Charte* lorsqu’elle effectue une fouille ou une perquisition dans une maison, une voiture ou un téléphone cellulaire.

[192] Plus important encore, dans la mesure où la tentative délibérée de se soustraire à l’application de la *Charte* constitue une préoccupation réaliste, cette question peut être pleinement examinée sous l’angle de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte*, qui, en conjonction avec le par. 24(1), habilite le juge du

651, at paras. 3 and 22.<sup>4</sup> This Court has previously held that even where an accused person cannot invoke the protection of a *Charter* right such as s. 8, evidence may be excluded if it “is gathered in a way that fails to meet certain minimum standards”: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at paras. 108-9 and 111; see also *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at paras. 13-14 (per La Forest J.) and paras. 42-46 (per McLachlin J. concurring). This ensures that the conduct of law enforcement does not go completely unchecked, even when certain *Charter* rights are not directly engaged. In my view, ss. 7 and 11(d) are equally applicable in providing residual protection against any deliberate *Charter* evasion or abuse of the limitations of s. 8 standing by the police.

[193] The discretion to exclude evidence pursuant to ss. 7, 11(d) and 24(1) of the *Charter* to protect trial fairness is “flexible and contextual”: *Bjelland*, at para. 18. It may be engaged if evidence is obtained through deliberate *Charter* evasion or serious misconduct by the police that rises to a level where trial fairness could be compromised by its admission. It may also arise from conduct and strategy deployed across related investigations and prosecutions. For example, it may be appropriate to exercise this discretion where the grounds for a search of an accused person derive from the fruits of a different search in a related investigation which the accused lacks standing to challenge. The same could be said where the police conduct a series of unlawful searches and seizures in related investigations and the Crown tenders only evidence which each accused person lacks standing to challenge. This list is not closed and trial

<sup>4</sup> In addition to the exclusion of evidence, the trial judge would of course retain the discretion to stay the proceedings where the impact of the state conduct on the integrity of the justice system is so egregious as to amount to an abuse of process: see *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at paras. 31-32.

procès à écarter des éléments de preuve afin d’assurer l’équité du procès (*R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, par. 3 et 22)<sup>4</sup>. Notre Cour a déjà conclu que, même lorsque l’accusé ne peut invoquer la protection d’un droit garanti par la *Charte* comme celle prévue à l’art. 8, un élément de preuve peut être exclu s’il « est obtenu [. . .] d’une manière qui ne respecte pas certaines conditions de base » (*R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 108-109 et 111; voir aussi *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 13-14 (le juge La Forest) et par. 42-46 (la juge McLachlin dans des motifs concordants)). On s’assure ainsi que la conduite des forces de l’ordre n’est pas laissée totalement incontrôlée, même lorsque certains droits garantis par la *Charte* n’entrent pas directement en jeu. À mon avis, l’art. 7 et l’al. 11d) s’appliquent tout autant pour offrir une protection résiduelle contre toute tentative délibérée des policiers de se soustraire à l’application de la *Charte* ou toute utilisation abusive par ceux-ci des limites de la qualité pour agir en vertu de l’art. 8.

[193] Le pouvoir discrétionnaire d’écarter des éléments de preuve en vertu de l’art. 7, de l’al. 11d) et du par. 24(1) de la *Charte* afin de préserver l’équité du procès est « flexibl[e] et contextue[l] » (*Bjelland*, par. 18). Il peut entrer en jeu si un élément de preuve est obtenu par le biais d’une tentative délibérée des policiers de se soustraire à l’application de la *Charte* ou d’une inconduite grave de ceux-ci à un point tel que l’équité du procès pourrait être compromise par son admission. L’entrée en jeu de ce pouvoir peut aussi découler de la conduite et de la stratégie déployées dans des enquêtes et poursuites interreliées. Par exemple, il peut être indiqué d’exercer ce pouvoir discrétionnaire lorsque les motifs invoqués à l’appui de la fouille d’un accusé proviennent des fruits d’une autre fouille ou perquisition effectuée lors d’une enquête connexe que l’accusé n’a pas qualité pour contester. Il en va de même lorsque la

<sup>4</sup> Outre l’exclusion d’éléments de preuve, le juge de première instance conserverait bien entendu le pouvoir discrétionnaire d’arrêter les procédures lorsque l’incidence de la conduite étatique sur l’intégrité du système de justice est grave au point de constituer un abus de procédure : voir *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 31-32.

judges should be trusted to exercise this discretion robustly where trial fairness is at risk.

[194] At the same time, a measure of restraint is required to ensure the purpose of a s. 8 standing requirement is not rendered illusory by turning ss. 7 and 11(d) into a surrogate for its protection. A different standard applies and in some cases

evidence may be obtained in circumstances that would not meet the rigorous standards of the *Charter* and yet, if admitted in evidence, would not result in the trial being unfair.

(*Harrer*, at para. 14; see also *Hape*, at paras. 108-9.)

[195] In this regard, I believe that trial fairness concerns under ss. 7 and 11(d) of the *Charter* would rarely, if ever, be engaged in cases where evidence is voluntarily provided by a witness in response to an inquiry by the police. To avoid the practical concerns canvassed earlier in paras. 182-84 of these reasons, I wish to be clear that ss. 7 and 11(d) do not provide a vehicle for an accused person to litigate the validity of a witness's consent to a search in a context where the witness is cooperating with a police investigation. In such circumstances, the prospect of admitting evidence without scrutiny for compliance with s. 8 falls well short of compromising trial fairness.

[196] In this case, the application judge found that the searches of the text message conversations stored on the phones of Mr. Marakah and Mr. Winchester both infringed s. 8 of the *Charter*. As neither claimant had standing to challenge the search of the other's phone, evidence of those text

police effectue une série de fouilles, perquisitions et saisies illégales dans des enquêtes connexes et que la Couronne présente uniquement des éléments de preuve que chacun des accusés n'a pas qualité pour contester. Cette liste n'est pas exhaustive et il faut avoir confiance en la capacité du juge du procès d'exercer vigoureusement ce pouvoir discrétionnaire lorsque l'équité du procès est menacée.

[194] Par ailleurs, il faut faire preuve d'une certaine retenue afin d'éviter que l'objet de l'exigence de la qualité pour agir en vertu de l'art. 8 ne soit pas rendu illusoire par la substitution de la protection prévue à l'art. 7 et à l'al. 11d) à celle offerte par l'art. 8. Une norme différente s'applique et dans certains cas

il est possible qu'un élément de preuve ayant été obtenu dans des circonstances ne respectant pas les normes strictes établies par la *Charte*, mais qui malgré cela serait jugé admissible, n'entraîne pas pour autant un procès inéquitable.

(*Harrer*, par. 14; voir aussi *Hape*, par. 108-109.)

[195] À cet égard, je crois que les préoccupations concernant l'équité du procès visées par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* interviennent rarement, voire même jamais, dans les cas où un témoin fournit volontairement un élément de preuve en réponse à une enquête de la police. Pour éviter les préoccupations d'ordre pratique examinées précédemment aux par. 182-184 des présents motifs, je tiens à préciser que l'art. 7 et l'al. 11d) ne fournissent pas à l'accusé un moyen de contester la validité du consentement d'un témoin à une fouille ou perquisition dans un contexte où le témoin collabore à l'enquête policière. Dans de telles circonstances, la perspective d'admettre un élément de preuve sans vérifier la conformité à l'art. 8 est loin de compromettre l'équité du procès.

[196] En l'espèce, le juge des requêtes a conclu que les recherches des conversations par message texte conservées dans les téléphones de M. Marakah et de M. Winchester violaient toutes les deux l'art. 8 de la *Charte*. Comme aucun des demandeurs n'avait qualité pour contester la fouille du téléphone de

message conversations was admissible against both Mr. Marakah and Mr. Winchester. Although this result gives me pause, it has not been suggested that the police conduct giving rise to it was a product of design. Nor do the application judge's findings indicate that the police engaged in deliberate *Charter* evasion or serious misconduct in the course of either search. In these circumstances, there is no basis to conclude that the fairness of Mr. Marakah's trial was tainted by the admission of the record of the conversations obtained in the Winchester search. As a result, this is not a case in which it is appropriate to exercise the residual discretion to exclude evidence under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

(6) Conclusion on Section 8 Standing

[197] The Chief Justice's approach to the reasonable expectation of privacy analysis suffers from several shortcomings. First, she does not determine where the search actually occurred, despite maintaining that the strength of Mr. Marakah's expectation of privacy will vary depending on the place of the search. Without knowing whether the place of the search is a "metaphorical chat room" or Mr. Winchester's physical phone, courts have no way of knowing how to assess the strength of Mr. Marakah's expectation of privacy. This uncertainty will have serious implications when courts must assess the impact of an unlawful search on a claimant's s. 8 right for the purposes of a s. 24(2) analysis.

[198] Second, although the Chief Justice purports to confine her finding of a reasonable expectation of privacy to the circumstances of this case, applying her framework leads to only two possible conclusions. Either all participants to text message conversations enjoy a reasonable expectation of privacy, or criminal justice stakeholders, including trial and appellate judges, are left to decipher on a case-by-case

l'autre, la preuve de ces conversations par message texte était recevable à la fois contre M. Marakah et M. Winchester. Bien que ce résultat me laisse perplexe, personne n'a laissé entendre que la conduite des policiers y ayant donné lieu a été le fruit d'un plan. Pas plus que les conclusions du juge des requêtes n'indiquent que les policiers se sont livrés à une tentative délibérée de se soustraire à l'application de la *Charte* ou ont fait preuve d'une inconduite grave au cours de l'une ou l'autre des fouilles. Dans ces circonstances, rien ne permet de conclure que l'équité du procès de M. Marakah a été entachée par l'admission en preuve du relevé reproduisant des conversations obtenu lors de la fouille Winchester. Il ne s'agit donc pas d'un cas où il convient d'exercer le pouvoir discrétionnaire résiduel d'écarter des éléments de preuve que confèrent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

(6) Conclusion sur la qualité pour agir en vertu de l'art. 8

[197] La manière dont la Juge en chef conçoit l'analyse de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée souffre de plusieurs lacunes. Premièrement, la Juge en chef n'établit pas où la fouille s'est effectivement déroulée même si elle soutient que la solidité de l'attente de M. Marakah au respect de sa vie privée varie selon le lieu de la fouille. Ne sachant pas si le lieu de la fouille est un « salon de cyberbavardage métaphorique » ou le téléphone physique de M. Winchester, les tribunaux n'ont aucun moyen de savoir comment évaluer la solidité de l'attente de M. Marakah au respect de sa vie privée. Cette incertitude sera lourde de conséquences quand les tribunaux devront évaluer les répercussions d'une fouille illégale sur le droit garanti au demandeur par l'art. 8 pour les besoins de l'analyse relative au par. 24(2).

[198] Deuxièmement, bien que la Juge en chef prétende restreindre aux circonstances de l'espèce sa conclusion qu'il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, l'application de son cadre d'analyse ne mène qu'à deux conclusions possibles. Soit tous les participants à des conversations par message texte jouissent d'une attente raisonnable au respect de leur vie privée, soit les

basis — without any guidance — whether a claimant has standing to challenge the search of an electronic conversation. Third, the Chief Justice does not confront the host of foreseeable, practical problems with her approach, saddling the courts with the task of sorting them out when they inevitably arise.

[199] I take a different approach. In my view, divorcing privacy from any sense of control in the present context would distort and de-contextualize the concept of privacy, create tension with the autonomy of individuals to freely share information, depart from this Court’s longstanding jurisprudence, and raise a host of practical concerns for law enforcement and the administration of criminal justice. Assessing the reasonableness of an expectation of personal privacy is a contextual exercise — one which requires evaluating the nature and strength of a particular claimant’s connection to the subject matter of the search. In this case, Mr. Marakah had absolutely no control over the text message conversations on Mr. Winchester’s phone. As such, Mr. Marakah could not reasonably expect personal privacy in those text message conversations. As a result, while accessing the text message conversations on Mr. Winchester’s phone amounted to a search under s. 8, in my view, Mr. Marakah lacked standing to challenge its reasonableness under s. 8 of the *Charter* and seek exclusion of the evidence of his conversations with Mr. Winchester discussing the purchase and sale of firearms under s. 24(2).

### III. Conclusion

[200] I would dismiss the appeal and uphold Mr. Marakah’s convictions.

*Appeal allowed, MOLDAVER and CÔTÉ JJ. dissenting.*

intervenants de la justice criminelle, notamment les juges de première instance et juges d’appel, en sont réduits à deviner au cas par cas — sans aucune indication — si le demandeur a qualité pour contester la recherche d’une conversation électronique. Troisièmement, la Juge en chef ne s’attaque pas à la foule de problèmes prévisibles et concrets que pose son approche et confie aux tribunaux la tâche de les résoudre quand ils se produiront inévitablement.

[199] Je vois les choses autrement. À mon avis, la dissociation du droit au respect de la vie privée de tout sens de contrôle dans le présent contexte dénaturerait et sortirait de son contexte la notion de vie privée, irait à l’encontre de la liberté des personnes de transmettre à leur guise des renseignements, s’écarterait de la jurisprudence de longue date de notre Cour et soulèverait une foule de préoccupations d’ordre pratique concernant l’application de la loi et l’administration de la justice pénale. Décider du caractère raisonnable d’une attente en matière de respect de la vie privée personnelle est une démarche contextuelle, qui nécessite l’évaluation de la nature et de la solidité du lien d’un demandeur en particulier avec l’objet de la fouille. En l’espèce, M. Marakah n’exerçait absolument aucun contrôle sur les conversations par message texte enregistrées dans le téléphone de M. Winchester. M. Marakah ne pouvait donc raisonnablement s’attendre au respect de sa vie privée personnelle à l’égard de ces conversations. Par conséquent, l’obtention des conversations par message texte enregistrées dans le téléphone de M. Winchester constituait certes une fouille au sens de l’art. 8, mais M. Marakah n’avait pas, à mon avis, qualité pour en contester le caractère raisonnable en vertu de l’art. 8 de la *Charte* et demander l’exclusion, en vertu du par. 24(2), de la preuve de ses conversations avec M. Winchester où il discutait de l’achat et de la vente d’armes à feu.

### III. Conclusion

[200] Je rejetterais le pourvoi et confirmerais les déclarations de culpabilité de M. Marakah.

*Pourvoi accueilli, les juges MOLDAVER et CÔTÉ sont dissidents.*

*Solicitors for the appellant: Cooper, Sandler, Shime & Bergman, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Presser Barristers, Toronto; Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Stockwoods, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'appellant : Cooper, Sandler, Shime & Bergman, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Presser Barristers, Toronto; Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Stockwoods, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.*



**Tristin Jones** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of Canada  
and Her Majesty The Queen in Right of  
Ontario** *Respondents*

and

**Attorney General of British Columbia,  
Director of Criminal and Penal Prosecutions,  
Criminal Lawyers' Association of Ontario,  
Canadian Civil Liberties Association,  
Samuelson-Glushko Canadian Internet  
Policy and Public Interest Clinic and  
British Columbia Civil Liberties  
Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. JONES**

**2017 SCC 60**

File No.: 37194.

2017: March 23; 2017: December 8.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Gascon, Côté and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Standing — Search and seizure — Evidence — Admissibility — Text messages — Accused seeking to exclude at trial text message records obtained by production order from telecommunications service provider — Whether accused has reasonable expectation of privacy in text messages stored by service provider and therefore standing under s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms to challenge production order — Whether accused permitted to rely on Crown theory for purposes of establishing subjective expectation of privacy.*

*Criminal law — Evidence — Production orders — Invasion of privacy — Interception of communications —*

**Tristin Jones** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada  
et Sa Majesté la Reine du chef de  
l'Ontario** *Intimées*

et

**Procureur général de la Colombie-Britannique,  
directeur des poursuites criminelles et pénales,  
Criminal Lawyers' Association of Ontario,  
Association canadienne des libertés civiles,  
Clinique d'intérêt public et de politique  
d'internet du Canada Samuelson-Glushko et  
British Columbia Civil Liberties  
Association** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. JONES**

**2017 CSC 60**

N° du greffe : 37194.

2017 : 23 mars; 2017 : 8 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Qualité pour agir — Fouilles, perquisitions et saisies — Preuve — Admissibilité — Messages textes — Demande de l'accusé en vue de faire écarter au procès des relevés contenant des messages textes obtenus d'un fournisseur de services de télécommunications au moyen d'une ordonnance de communication — L'accusé a-t-il une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des copies des messages textes conservées par le fournisseur de services et, en conséquence, qualité pour contester l'ordonnance de communication en vertu de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'accusé est-il autorisé à s'appuyer sur la thèse de la Couronne afin d'établir son attente subjective au respect de sa vie privée?*

*Droit criminel — Preuve — Ordonnances de communication — Atteinte à la vie privée — Interception de*

*Police obtaining order under s. 487.012 of Criminal Code for production of text messages stored on service provider's infrastructure — Whether production order provides lawful authority for seizing stored text messages or whether wiretap authorization under Part VI of Criminal Code required for seizure to comply with s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 183 "intercept", 487.012.*

J was convicted of several firearms and drug trafficking offences. His convictions rest on records of text messages seized from a Telus account associated with his co-accused that were obtained under a production order pursuant to s. 487.012 of the *Criminal Code* (now s. 487.014). Prior to trial, J sought to exclude the text messages on the basis that obtaining them by means of a production order contravened his s. 8 *Charter* right. The trial judge found that J lacked standing to challenge the production order under s. 8 and he was therefore convicted. J's appeal against conviction was dismissed.

*Held* (Abella J. dissenting): The appeal should be dismissed and the production order upheld.

*Per* McLachlin C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Côté JJ.: J had a reasonable expectation of privacy in the text messages stored by Telus and therefore standing under s. 8 of the *Charter* to challenge the production order. Whether a claimant has a reasonable expectation of privacy must be answered with regard to the totality of the circumstances of a particular case. Claimants must establish that they had a direct interest in the subject matter of the search, that they had a subjective expectation of privacy in that subject matter and that their subjective expectation of privacy was objectively reasonable.

In this case, the subject matter of the search is the electronic conversation between J and his co-accused. J should have been permitted to rely on the Crown's theory that he authored those text messages for the purposes of establishing his direct interest in their subject matter and his subjective expectation of privacy in the messages. An accused mounting a s. 8 *Charter* claim may

*communications — Obtention par les policiers d'une ordonnance prévue à l'art. 487.012 du Code criminel en vue de se faire communiquer des messages textes conservés dans l'infrastructure du fournisseur de services — Une ordonnance de communication permet-elle de saisir légalement de tels messages ou est-il nécessaire d'obtenir une autorisation de mise sous écoute électronique en vertu de la partie VI du Code criminel pour que la saisie respecte l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 183 « intercepter », 487.012.*

J a été déclaré coupable de plusieurs infractions liées au trafic d'armes à feu et de drogues. Ces déclarations de culpabilité reposent sur des relevés contenant des messages textes qui ont été saisis d'un compte Telus associé à son coaccusé en application d'une ordonnance de communication obtenue en vertu de l'art. 487.012 du *Code criminel* (maintenant l'art. 487.014). Avant le procès, J a tenté de faire écarter les messages textes au motif que leur obtention au moyen d'une ordonnance de communication avait contrevenu aux droits que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*. La juge du procès a conclu que J n'avait pas qualité pour contester l'ordonnance de communication sur le fondement de l'art. 8 et ce dernier a par conséquent été déclaré coupable. L'appel interjeté par J à l'encontre de sa déclaration de culpabilité a été rejeté.

*Arrêt* (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est rejeté et l'ordonnance de communication est confirmée.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Côté : J avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement aux messages textes conservés par Telus et, en conséquence, il avait qualité pour contester la validité de l'ordonnance de communication en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. Pour répondre à la question de savoir si l'auteur d'une telle demande a une attente raisonnable au respect de sa vie privée, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances propres à l'affaire en cause. L'auteur de la demande doit prouver qu'il avait un droit direct à l'égard de l'objet de la fouille, qu'il avait une attente subjective en matière de respect de sa vie privée à l'égard de l'objet de cette fouille et que son attente subjective en matière de respect de la vie privée était objectivement raisonnable.

En l'espèce, l'objet de la fouille est la conversation électronique entre J et son coaccusé. J aurait dû être autorisé à s'appuyer sur la thèse de la Couronne selon laquelle il était l'auteur de ces messages textes afin d'établir son droit direct à l'égard de l'objet de la fouille et son attente subjective au respect de sa vie privée à l'égard des messages. Un accusé qui invoque l'art. 8 de la *Charte* peut

ask the court to assume as true any fact that the Crown has alleged or will allege in the prosecution against him in lieu of tendering evidence probative of those same facts in the *voir dire*. This coheres with the relatively modest evidentiary foundation required to establish the subjective expectation element in the totality of the circumstances analysis, as well as the principle against self-incrimination.

It follows that J subjectively expected privacy in records of his electronic conversation found in the service provider's infrastructure. Text messages are private communications. This is not in dispute in this case. Moreover, as the application judge found, J and his co-accused used third-party names so as to avoid detection or association with the text messages. This suggests that they intended their communications to remain private.

Finally, it is objectively reasonable for the sender of a text message to expect a service provider to keep information private where its receipt and retention of such information is incidental to its role of delivering private communications to the intended recipient. That is intuitive. One would not reasonably expect the service provider to share the text messages with an unintended recipient, or post them publicly for the world to see. In this case, it was therefore reasonable for J to expect that the text messages that he sent would not be shared by Telus with any parties other than the intended recipient, notwithstanding that he relinquished direct control over those messages. Neither the absence of a contractual policy, nor the fact that the production order targeted a phone registered to a third party, deprives J of that protection.

On the totality of the circumstances, therefore, J had a reasonable expectation of privacy in the text messages and standing to challenge the validity of the production order. However, J's s. 8 *Charter* right was not breached because records of text messages stored on a service provider's infrastructure were lawfully seized by means of a production order under s. 487.012 of the *Criminal Code*. Based on its plain meaning and read in context, the term "intercept" in s. 183 of Part VI of the *Criminal Code* does not encompass the production or seizure

demande au tribunal de tenir pour avéré tout fait que la Couronne allègue ou entend alléguer dans les poursuites intentées contre lui, au lieu de devoir présenter des éléments de preuve établissant ces mêmes faits lors du *voir dire*. Ce résultat s'accorde avec le fait qu'une preuve relativement minime est requise pour démontrer l'existence de l'attente subjective dans le cadre de l'analyse de l'ensemble des circonstances, ainsi qu'avec le principe protégeant contre l'auto-incrimination.

Il s'ensuit que J s'attendait subjectivement à ce que l'on respecte son droit à la vie privée relativement aux copies de sa conversation électronique se trouvant dans l'infrastructure du fournisseur de services. Les messages textes constituent des communications privées. Cela n'est pas contesté en l'espèce. De plus, comme a conclu la juge saisie de la demande, J et son coaccusé se sont servis de noms de tiers pour éviter d'être repérés ou d'être associés aux messages textes. Cela tend à indiquer qu'ils entendaient que leurs communications demeurent privées.

Enfin, il est objectivement raisonnable de la part de l'expéditeur de messages textes de s'attendre à ce qu'un fournisseur de services protège le caractère privé de l'information qui lui est confiée, dans les cas où la réception et la conservation de cette information constituent un aspect accessoire de son rôle consistant à acheminer des communications privées au destinataire visé. Cette conclusion a un caractère intuitif. Il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce qu'un fournisseur de services communique les messages textes à un destinataire non visé ou qu'il les mette à la disposition du monde entier. Dans le cas qui nous occupe, il était donc raisonnable de la part de J de s'attendre à ce que Telus ne communiquerait à personne d'autre qu'au destinataire visé les messages textes qu'il envoyait, malgré le fait qu'il ait renoncé à exercer un contrôle direct sur ces messages. Ni l'absence de politique de confidentialité de nature contractuelle ni le fait que l'ordonnance de communication visait un téléphone enregistré au nom d'un tiers ne privent J de cette protection.

Par conséquent, au regard de l'ensemble des circonstances, J avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement aux messages textes en cause, et il avait qualité pour contester la validité de l'ordonnance de communication. Toutefois, les droits garantis à J par l'art. 8 de la *Charte* n'ont pas été violés, étant donné que les relevés contenant les messages textes conservés dans l'infrastructure du fournisseur de services ont été saisis légalement au moyen de l'ordonnance de communication prévue à l'art. 487.012 du *Code criminel*. Selon son sens

of historical text messages stored by a service provider. Historical text messages denote messages that have been sent and received, not those still in the transmission process. In this case, there is no question that Telus initially intercepted the communications between J and his co-accused, presumably pursuant to an exception for service delivery purposes under s. 184(2) of the *Criminal Code*. However, in light of the statutory scheme's distinction between interception, use and retention, and disclosure, it is clear that Telus' subsequent storing and provision of the communications to the law enforcement did not constitute additional interceptions. Rather, Telus retained the intercepted communications under s. 184(3) and then disclosed them to the police as contemplated by s. 193(2) of the *Criminal Code*.

In this case, a Part VI wiretap authorization was unnecessary because the police did not seek an order authorizing the prospective production of future text messages. Nor is there any evidence that the production order resulted in the production of text messages that were still in the transmission process. Therefore, the search and seizure of J's text messages were properly authorized by the production order provision in s. 487.012 of the *Criminal Code*, and did not breach J's s. 8 *Charter* right.

*Per* Rowe J.: There is agreement with the majority that, as a matter of statutory interpretation, a production order pursuant to s. 487.012 of the *Criminal Code* (now s. 487.014) authorizes the police to request the disclosure of text messages from a service provider once those messages have been sent and received. Conversely, a Part VI *Criminal Code* authorization is required to intercept those messages as they are being transmitted. Given that the records of text messages are stored by the service provider in this case the moment they are sent, however, it makes little difference whether the police "intercept" them or simply obtain them through a production order immediately after they are sent. It appears that the police can in effect sidestep the requirements of Part VI by obtaining a production order immediately after the messages are sent. No settled view is expressed as to whether this anomaly reflects a failure of s. 487.014 to meet the

courant et à la lumière de son contexte, le mot « intercepter » à l'art. 183 de la partie VI du *Code criminel* ne couvre pas la communication ou la saisie de messages textes existants conservés par un fournisseur de services. Les messages textes existants s'entendent des messages qui ont été expédiés et reçus, non pas de ceux qui sont encore en cours de transmission. Dans le cas qui nous occupe, il ne fait aucun doute que les communications échangées entre J et son coaccusé ont initialement été interceptées par Telus, vraisemblablement en vertu d'une des exceptions prévues au par. 184(2) du *Code criminel* pour les besoins de la fourniture des services. Toutefois, compte tenu de la distinction que le régime législatif établit entre l'interception, l'utilisation et la conservation d'une part, ainsi que la divulgation d'autre part, il est évident que la conservation des télécommunications par Telus et leur divulgation ultérieure par cette dernière aux policiers n'ont pas constitué des interceptions additionnelles. Telus a plutôt conservé les communications interceptées en vertu du par. 184(3), puis les a ensuite divulguées aux policiers comme le prévoit le par. 193(2) du *Code criminel*.

En l'espèce, il n'était pas nécessaire d'obtenir l'autorisation d'écoute électronique prévue à la partie VI, étant donné que les policiers ne sollicitaient pas une ordonnance les autorisant à obtenir la production prospective de messages textes futurs. Rien ne prouve non plus que l'ordonnance de communication a entraîné la communication de messages textes qui se trouvaient encore dans le processus de transmission. Par conséquent, la fouille et la saisie des messages textes de J ont été régulièrement autorisées en vertu des dispositions relatives aux ordonnances de communication figurant à l'art. 487.012 du *Code criminel*, et ces mesures n'ont pas porté atteinte aux droits garantis à J par l'art. 8 de la *Charte*.

*Le* juge Rowe : Il y a accord avec la conclusion des juges majoritaires selon laquelle, suivant les règles d'interprétation des lois, l'ordonnance de communication prévue à l'art. 487.012 du *Code criminel* (maintenant l'art. 487.014) autorise les policiers à demander à un fournisseur de services de divulguer des messages textes après que ceux-ci ont été envoyés et reçus. En revanche, une autorisation fondée sur la partie VI du *Code criminel* est requise pour intercepter ces messages pendant leur transmission. Cependant, comme le fournisseur de services concerné en l'espèce conserve des copies des messages textes dès qu'ils sont envoyés, il importe peu que les policiers les « interceptent » ou les obtiennent tout simplement au moyen d'une ordonnance de communication immédiatement après leur envoi. Il semble que les policiers peuvent effectivement éluder les exigences de la partie VI en obtenant une ordonnance de

requirements imposed by s. 8 of the *Charter* because this issue was not raised in argument.

*Per* Abella J. (dissenting): There is agreement with the majority that J had a reasonable expectation of privacy in his sent text messages and, as a result, had standing under s. 8 of the *Charter* to challenge the production order. But since the messages were obtained pursuant to a production order rather than a Part VI *Criminal Code* authorization, the search and seizure of those messages was not authorized by law and was therefore unreasonable.

The police obtained several production orders pursuant to s. 487.012 of the *Criminal Code* directed at the service providers Bell, Rogers and Telus. Only Telus stored the content of incoming and outgoing text messages for a period of time after the messages were sent and received. No text messages were obtained from accounts held with the other service providers. Telus' unique storage practices, rather than the underlying principles in Part VI, led to the production of copies of historical text messages from the targeted Telus account, and the loss of J's privacy protections available under Part VI. By prioritizing a temporal distinction to determine the level of privacy protection for text messages, Telus customers are left with less protection than those using other service providers who do not store copies of text messages simply because Telus stores copies of text messages that pass through its infrastructure. This means that the privacy rights of those who text depend on which service provider they use rather than on the fact that they are texting as a means of privately communicating.

The term "intercept" in s. 183 of the *Criminal Code* should be interpreted in the context of the broader Part VI scheme and the purpose it is meant to serve, namely, to prevent the state from acquiring private communications without lawful authorization and to protect the privacy interests inherent in the content of private communications. The Part VI protections should be available for historical as well as for prospective interception. The timing of the state's request for information should not distort the

communication immédiatement après l'envoi des messages. Aucune opinion définitive n'est exprimée quant à la question de savoir si ces anomalies indiquent que l'art. 487.014 ne respecte pas les exigences de l'art. 8 de la *Charte*, étant donné que cette question n'a pas été soulevée lors des débats.

*La* juge Abella (dissidente) : Il y a accord avec la conclusion des juges majoritaires suivant laquelle J possédait une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des messages textes qu'il a envoyés et que, par conséquent, il avait qualité pour contester l'ordonnance de communication en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. Mais puisque les messages ont été obtenus aux termes d'une ordonnance de communication plutôt que d'une autorisation sous le régime de la partie VI du *Code criminel*, la fouille et la saisie de ces messages n'étaient pas autorisées par la loi et étaient donc abusives.

Les policiers ont obtenu, en vertu de l'art. 487.012 du *Code criminel*, plusieurs ordonnances de communication visant les fournisseurs de services Bell, Rogers et Telus. Seule la société Telus conserve pendant une certaine période le contenu des messages textes envoyés et reçus par ses abonnés. Aucun message texte n'a été obtenu à partir de comptes existants auprès d'autres fournisseurs de services. Ce sont les pratiques de stockage uniques à Telus, plutôt que les principes qui sous-tendent la partie VI, qui ont mené à la communication des copies de messages textes existants du compte Telus visé, et à la perte par J des mesures de protection de la vie privée prévues par la partie VI. Si on privilégie une distinction d'ordre temporel pour déterminer le degré de protection de la vie privée applicable à l'égard des messages textes, les clients de Telus se trouvent alors à bénéficier d'une protection inférieure à celle dont jouissent les clients faisant appel à d'autres fournisseurs de services qui ne conservent pas de copies des messages textes, et ce, tout simplement parce que Telus conserve des copies des messages textes qui passent par son infrastructure. Cela signifie que le droit des auteurs de messages textes au respect de leur vie privée dépend de l'identité de leur fournisseur de services, plutôt que du fait qu'ils utilisent les messages textes comme moyen de communiquer privément.

Le mot « intercepter » à l'art. 183 du *Code criminel* devrait être interprété dans le contexte général du régime de la partie VI et de l'objet que celui-ci est censé viser, c'est-à-dire prévenir l'acquisition par l'État de communications privées sans autorisation valable et protéger le droit intrinsèque au respect de la vie privée à l'égard du contenu de communications privées. Les protections qu'offre la partie VI devraient s'appliquer à l'interception des messages textes existants ainsi que des messages

communicative dimension of a text message exchange. Interpreting “intercept[ion]” of a private communication should focus on the content, not on the timing, of what the investigative technique seeks to access, or on the vagaries of the service provider’s technological practices.

When the police obtain copies of text messages from a service provider, they are acquiring a complete record of all electronic conversations that took place during a given period. The informational content acquired by the state is a complete record of all private communications in the given period. A singular focus on the *historical* dimension of the record should not detract from the content and character of this record. It is a record of a conversation that took place between individuals, albeit in an electronic format, that has been assigned a specific timestamp. This record may capture electronic conversations between several people innocently participating in an electronic conversation with the targeted recipient, as well as electronic conversations involving multiple participants engaged in a group text.

Since no Part VI authorization was obtained, the acquisition of copies of J’s historical text messages through the production order was invalid and breached J’s rights under s. 8 of the *Charter*.

The messages should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The evolution of shifting technology has resulted in a correspondingly evolving jurisprudence which tries to keep pace with the impact of technology on constitutional rights. Where no case directly on point has been decided, the police have two choices: to use the jurisprudential gap as a rationale for being more intrusive, or to exercise greater caution before interfering with legislatively endorsed privacy rights. The better judicial approach is one that encourages conduct on the part of the police that errs on the side of being protective of the rights of the public, rather than one that endorses *Charter* breaches in deference to the mechanics of new technologies.

textes futurs. Le moment où l’État présente sa demande d’information ne devrait pas dénaturer la dimension communicationnelle d’un échange de messages textes. L’interprétation du terme « intercept[ion] » d’une communication privée doit s’attacher à la substance des éléments auxquels la technique d’enquête vise à obtenir accès, et non au moment où cet accès est demandé, ou encore au hasard des pratiques technologiques des fournisseurs de services.

Lorsque les policiers obtiennent d’un fournisseur de services des copies de messages textes, ils prennent connaissance d’un relevé complet de l’ensemble des conversations électroniques qui ont eu lieu au cours de la période donnée. Le contenu informationnel dont prend connaissance l’État est un relevé complet de l’ensemble des communications privées survenues au cours d’une période donnée. L’insistance particulière sur le fait que le relevé porte sur des messages textes *existants* ne devrait pas faire oublier le contenu et la nature de ce relevé. Il s’agit d’un relevé reproduisant le texte d’une conversation qui a eu lieu entre des personnes, même si elle a pris une forme électronique, et à laquelle on a assigné un repère temporel précis. Ce relevé pourrait comprendre des conversations électroniques entre plusieurs personnes qui participent innocemment à une conversation électronique avec le destinataire visé, ainsi que des conversations électroniques entre de multiples participants à un échange de messages textes au sein d’un groupe.

Comme aucune autorisation fondée sur la partie VI n’a été obtenue, la prise de connaissance des copies des messages textes existants de J obtenues au moyen d’une ordonnance de communication était invalide et violait les droits garantis à ce dernier par l’art. 8 de la *Charte*.

Les messages devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. L’évolution rapide de la technologie entraîne une évolution correspondante de la jurisprudence, laquelle s’efforce de suivre le rythme de l’incidence de la technologie sur les droits garantis par la Constitution. Dans les cas où aucune décision portant exactement sur une situation litigieuse n’a encore été rendue, les policiers ont alors le choix entre deux possibilités : utiliser la lacune dans la jurisprudence pour justifier une conduite plus envahissante, ou exercer davantage de précaution avant de porter atteinte à des droits protégeant la vie privée garantis par la loi. La meilleure approche à adopter par les tribunaux consiste à inciter les policiers à pécher par excès de prudence afin de protéger les droits du public, plutôt qu’à cautionner des violations de la *Charte* par déférence pour la mécanique des nouvelles technologies.

The impact of the *Charter*-infringing conduct on J's *Charter*-protected privacy interests under s. 8 of the *Charter* was significant. Whether they take the form of a historical record or occur in real-time, electronic conversations have the potential to reveal information going to the individual's biographical core, including information which tends to reveal intimate details of the lifestyle or personal choices of an individual. While the police did not technically act in bad faith, their failure to seek Part VI authorization put public confidence in the administration of justice at serious risk. The impact of their conduct on J's considerable, *Charter*-protected privacy interests under s. 8 of the *Charter* was significant, which outweighs the public's interest in seeing a determination of J's case on the merits.

### Cases Cited

By Côté J.

**Applied:** *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; **considered:** *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3; *R. v. Shayesteh* (1996), 31 O.R. (3d) 161; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; **referred to:** *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Gauthier*, [1977] 1 S.C.R. 441; *R. v. Jir*, 2010 BCCA 497, 264 C.C.C. (3d) 64; *R. v. Hurry*, 2002 ABQB 420, 165 C.C.C. (3d) 182; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. Nedelcu*, 2012 SCC 59, [2012] 3 S.C.R. 311; *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227; *R. v. Pugliese* (1992), 71 C.C.C. (3d) 295; *R. v. Trapp*, 2011 SKCA 143, 377 Sask. R. 246; *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Belcourt*, 2015 BCCA 126, 322 C.C.C. (3d) 93; *R. v. McQueen* (1975), 25 C.C.C. (2d) 262; *R. v. Giles*, 2007 BCSC 1147; *R. v. Beauchamp*, 2015 ONCA 260, 326 C.C.C. (3d) 280; *R. v. Finlay* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657.

Les répercussions de la conduite attentatoire à la *Charte* sur le droit à la protection de la vie privée garanti à J par l'art. 8 de ce texte ont été importantes. Qu'il s'agisse de messages existants ou d'un échange en temps réel, les conversations électroniques sont susceptibles de révéler des renseignements biographiques sur les gens, notamment des renseignements qui tendent à révéler des détails intimes sur leur mode de vie et leurs choix personnels. Bien que la police n'ait pas, techniquement, agi de mauvaise foi, le défaut d'obtenir une autorisation sous le régime de la partie VI a sérieusement compromis la confiance du public envers l'administration de la justice. Les répercussions de la conduite des policiers sur le droit au respect de la vie privée garanti à J par l'art. 8 de la *Charte* ont été importantes, facteur qui l'emporte sur l'intérêt du public à ce qu'un jugement au fond soit rendu.

### Jurisprudence

Citée par la juge Côté

**Arrêt appliqué :** *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; **arrêts examinés :** *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3; *R. c. Shayesteh* (1996), 31 O.R. (3d) 161; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; **arrêts mentionnés :** *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Gauthier*, [1977] 1 R.C.S. 441; *R. c. Jir*, 2010 BCCA 497, 264 C.C.C. (3d) 64; *R. c. Hurry*, 2002 ABQB 420, 165 C.C.C. (3d) 182; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Nedelcu*, 2012 CSC 59, [2012] 3 R.C.S. 311; *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227; *R. c. Pugliese* (1992), 71 C.C.C. (3d) 295; *R. c. Trapp*, 2011 SKCA 143, 377 Sask. R. 246; *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Belcourt*, 2015 BCCA 126, 322 C.C.C. (3d) 93; *R. c. McQueen* (1975), 25 C.C.C. (2d) 262; *R. c. Giles*, 2007 BCSC 1147; *R. c. Beauchamp*, 2015 ONCA 260, 326 C.C.C. (3d) 280; *R. c. Finlay* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657.

By Abella J. (dissenting)

*R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608; *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3; *R. v. Hoelscher*, 2016 ABQB 44; *R. v. Croft*, 2013 ABQB 640, 304 C.C.C. (3d) 279; *R. v. Carty*, 2014 ONSC 212; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Paterson*, 2017 SCC 15, [2017] 1 S.C.R. 202; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 8, 13, 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 99, 164.2(1)(b)(ii), 164.3(4)(b), 182(2)(e), Part VI, 183 “authorization”, “intercept”, “private communication”, 183 to 196, 184, 184 to 192, 193, 462.34(6)(a)(ii), 462.41(3)(b), 462.42(1)(b), 487, 487.01(1)(c), 487.012 [ad. 2004, c. 3, s. 7], 487.014 [ad. 2014, c. 31, s. 20; formerly s. 487.012], 490.4(3), 490.5(1)(c).  
*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, ss. 3, 5(3), 7.

### Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Fontana, James A., and David Keeshan. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 9th ed. Toronto: LexisNexis, 2015.  
 Hutchison, Scott C., et al. *Search and Seizure Law in Canada*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1991 (loose-leaf updated 2017, release 7).  
 Magotiaux, Susan. “Out of Sync: Section 8 and Technological Advancement in Supreme Court Jurisprudence” (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 501.  
 Penney, Steven. “The Digitization of Section 8 of the Charter: Reform or Revolution?” (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 505.  
 Stewart, Hamish. “Normative Foundations for Reasonable Expectations of Privacy” (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 335.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, MacFarland and LaForme J.J.A.), 2016 ONCA 543, 131 O.R. (3d) 604, 361 C.R.R. (2d) 350, 338 C.C.C. (3d) 591, 350 O.A.C. 274, [2016] O.J. No. 3737 (QL), 2016 CarswellOnt 10858 (WL Can.), affirming the accused’s convictions for firearms and drug trafficking offences and

Citée par la juge Abella (dissidente)

*R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608; *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3; *R. c. Hoelscher*, 2016 ABQB 44; *R. c. Croft*, 2013 ABQB 640, 304 C.C.C. (3d) 279; *R. c. Carty*, 2014 ONSC 212; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Paterson*, 2017 CSC 15, [2017] 1 R.C.S. 202; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 8, 13, 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 99, 164.2(1)(b)(ii), 164.3(4)(b), 182(2)(e), partie VI, 183 « autorisation », « communication privée », « intercepter », 183 à 196, 184, 184 à 192, 193, 462.34(6)(a)(ii), 462.41(3), 462.42(1), 487, 487.01(1)(c), 487.012 [aj. 2004, c. 3, art. 7], 487.014 [aj. 2014, c. 31, art. 20; auparavant art. 487.012], 490.4(3), 490.5(1)(c).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, art. 3, 5(3), 7.

### Doctrine et autres documents cités

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.  
 Fontana, James A., and David Keeshan. *The Law of Search and Seizure in Canada*, 9th ed., Toronto, LexisNexis, 2015.  
 Hutchison, Scott C., et al. *Search and Seizure Law in Canada*, vol. 1, Toronto, Carswell, 1991 (loose-leaf updated 2017, release 7).  
 Magotiaux, Susan. « Out of Sync : Section 8 and Technological Advancement in Supreme Court Jurisprudence » (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 501.  
 Penney, Steven. « The Digitization of Section 8 of the Charter : Reform or Revolution? » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 505.  
 Stewart, Hamish. « Normative Foundations for Reasonable Expectations of Privacy » (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 335.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges MacPherson, MacFarland et LaForme), 2016 ONCA 543, 131 O.R. (3d) 604, 361 C.R.R. (2d) 350, 338 C.C.C. (3d) 591, 350 O.A.C. 274, [2016] O.J. No. 3737 (QL), 2016 CarswellOnt 10858 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l’accusé pour des



the pre-trial application ruling. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

*Patrick McCann, Peter Mantas and Ewan Lyttle*, for the appellant.

*Nicholas E. Devlin and Jennifer Conroy*, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of Canada.

*Randy Schwartz and Andrew Hotke*, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of Ontario.

Written submissions only by *Daniel M. Scanlan*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Ann Ellefsen-Tremblay and Daniel Royer*, for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions.

*Susan M. Chapman, Naomi Greckol-Herlich and Bianca Bell*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*Christine Lonsdale and Charlotte-Anne Malischewski*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Jill R. Presser and David A. Fewer*, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

*Gerald Chan*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Côté JJ. was delivered by

CÔTÉ J. —

## I. Overview

[1] The appellant, Mr. Jones, was convicted of several firearms and drug trafficking offences. His

infractions liées au trafic d'armes à feu et de drogues, ainsi que sur la requête présentée avant le procès. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

*Patrick McCann, Peter Mantas et Ewan Lyttle*, pour l'appellant.

*Nicholas E. Devlin et Jennifer Conroy*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

*Randy Schwartz et Andrew Hotke*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Daniel M. Scanlan*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Ann Ellefsen-Tremblay et Daniel Royer*, pour l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales.

*Susan M. Chapman, Naomi Greckol-Herlich et Bianca Bell*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*Christine Lonsdale et Charlotte-Anne Malischewski*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Jill R. Presser et David A. Fewer*, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

*Gerald Chan*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Côté rendu par

LA JUGE CÔTÉ —

## I. Introduction

[1] L'appelant, M. Jones, a été déclaré coupable de plusieurs infractions liées au trafic d'armes à

convictions rest on records of text messages seized from a Telus account associated with his co-accused pursuant to a production order obtained under s. 487.012 (now s. 487.014) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“Production Order”). As in the courts below, the appellant challenges the Production Order under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He argues that law enforcement must obtain a “wiretap” authorization under Part VI of the *Code* to seize records of historical text messages from a service provider in order for the seizure to comply with s. 8 of the *Charter*.

[2] His appeal arises out of an Ottawa Police Service investigation into firearms trafficking in the Ottawa, Ontario area. Based on evidence gathered in that investigation, the police obtained the Production Order directing Telus to disclose stored records of any incoming or outgoing text messages on a particular Telus subscriber account associated with the appellant’s co-accused, Mr. Waldron. The targeted account was registered in the name of “Kurt Gilles”. There is no evidence as to whether Kurt Gilles exists or whether Mr. Waldron merely used that name as an alias for the purposes of his cellphone subscription.

[3] Telus complied with the Production Order and provided the requested records to the police. The records revealed a text message exchange (“Text Messages”) concerning the potential transfer of a firearm. The exchange occurred between the Gilles phone and a phone used by the appellant, but registered in the name of his spouse.

[4] Relying in part on the Text Messages, the investigators obtained a *Criminal Code* Part VI authorization (“First Authorization”) for a number of phones associated with the suspects. Communications intercepted under it were then used to obtain an additional

feu et de drogues. Ces déclarations de culpabilité reposent sur des relevés contenant des messages textes qui ont été saisis d’un compte Telus associé à son coaccusé, en application d’une ordonnance de communication obtenue en vertu de l’art. 487.012 (maintenant l’art. 487.014) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« Ordonnance de communication »). Comme il l’a fait devant les juridictions inférieures, l’appelant conteste cette ordonnance en invoquant l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il soutient que les forces de l’ordre doivent obtenir une autorisation de « mise sur écoute électronique » en vertu de la partie VI du *Code* pour que la saisie auprès d’un fournisseur de services de relevés contenant des messages textes existants respecte l’art. 8 de la *Charte*.

[2] Le présent pourvoi fait suite à une enquête menée par le Service de police d’Ottawa concernant le trafic d’armes à feu dans la région d’Ottawa, en Ontario. Sur la foi d’éléments de preuve recueillis au cours de cette enquête, les policiers ont obtenu l’Ordonnance de communication, laquelle enjoignait à Telus de communiquer des relevés contenant tous les messages textes entrants et sortants d’un compte d’abonné Telus particulier associé à M. Waldron, le coaccusé de l’appelant. Le compte visé était enregistré au nom de « Kurt Gilles ». Il n’y a aucun élément de preuve indiquant si ce Kurt Gilles existe ou non, ou si M. Waldron utilisait simplement ce nom comme pseudonyme pour son compte de téléphonie cellulaire.

[3] Telus s’est conformée à l’Ordonnance de communication et a remis aux policiers les relevés réclamés. Ces relevés ont révélé l’existence d’un échange de messages textes (« Messages textes ») concernant la possible cession d’une arme à feu. Les Messages textes ont été échangés entre le téléphone de M. Gilles et un téléphone utilisé par l’appelant, mais enregistré au nom de sa conjointe.

[4] Se fondant en partie sur les Messages textes, les enquêteurs ont obtenu une autorisation visée à la partie VI du *Code criminel* (« Première autorisation ») à l’égard d’un certain nombre de téléphones associés aux suspects. Les communications

Part VI authorization (“Second Authorization”). On the basis of those subsequent interceptions, search warrants were granted and executed. The fruits of those searches led to the appellant’s prosecution for marijuana trafficking and proceeds of crime charges. The firearm trafficking charges against him, on the other hand, were brought largely on the basis of the Text Messages obtained under the Production Order.

[5] Prior to the commencement of the trial, the appellant sought to exclude the Text Messages on the basis that obtaining them by means of a Production Order contravened his s. 8 *Charter* right. Additionally, he challenged the First and Second Authorizations, resulting search warrants and the admissibility of the evidence obtained on the basis of those authorizations insofar as they derived from the Production Order. The latter authorizations and search warrants are not directly at issue on this appeal. Only the Production Order — as lawful authorization — and the Text Messages — as evidence derived therefrom — are in question.

[6] In his s. 8 *Charter* application, the appellant led no evidence demonstrating that he authored and sent the Text Messages. Instead, he argued that he was entitled to rely on the Crown’s theory that he was the author of the Text Messages. Applying this Court’s decision in *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, the trial judge found that the appellant lacked standing to challenge the Production Order under s. 8 of the *Charter*. The trial judge also dismissed an application to re-open her original s. 8 ruling following the release of this Court’s decision in *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3, during Mr. Jones’ trial. In doing so, she reasoned that *TELUS* did not address the validity of a production order for obtaining records of historical text messages. The appellant was subsequently

interceptées en application de cette autorisation ont ensuite été utilisées pour obtenir une autre autorisation visée à la partie VI (« Seconde autorisation »). Sur la base de ces interceptions ultérieures, des mandats de perquisition ont été délivrés et exécutés. Les fruits de ces perquisitions ont résulté en des poursuites contre l’appelant pour trafic de marijuana et pour des infractions liées aux produits de la criminalité. Toutefois, les accusations de trafic d’armes à feu portées contre lui reposaient dans une large mesure sur les Messages textes obtenus en vertu de l’Ordonnance de communication.

[5] Avant le début du procès, l’appelant a tenté de faire exclure les Messages textes, au motif que leur obtention au moyen de l’Ordonnance de communication avait contrevenu aux droits qui lui sont garantis par l’art. 8 de la *Charte*. Il a en outre contesté la Première et la Seconde autorisation, les mandats de perquisition délivrés par suite de ces autorisations et l’admissibilité des éléments de preuve recueillis au moyen de ces autorisations, dans la mesure où ces éléments de preuve découlaient de l’Ordonnance de communication. Ces autorisations et mandats de perquisition ne sont pas directement en litige dans le présent pourvoi. Seuls l’Ordonnance de communication — en tant qu’autorisation légitime — ainsi que les Messages textes — en tant qu’éléments de preuve découlant de cette ordonnance —, sont contestés.

[6] Dans sa demande fondée sur l’art. 8 de la *Charte*, l’appelant n’a présenté aucun élément de preuve démontrant qu’il était l’auteur et l’expéditeur des Messages textes. Il a plutôt plaidé qu’il avait le droit de s’appuyer sur la thèse de la Couronne suivant laquelle il était l’auteur des messages en question. Appliquant l’arrêt de notre Cour *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, la juge du procès a conclu que l’appelant n’avait pas qualité pour contester l’Ordonnance de communication sur le fondement de l’art. 8. La juge a également rejeté une demande sollicitant le réexamen de sa décision initiale au sujet de l’art. 8 par suite du prononcé par notre Cour, pendant que se déroulait le procès de M. Jones, de son jugement dans l’affaire *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3.

convicted of several firearms trafficking and drug trafficking offences.

[7] On appeal, the majority of the Court of Appeal upheld the trial judge's decision regarding the s. 8 standing issue (2016 ONCA 543, 131 O.R. (3d) 604). That was dispositive of the appeal. The majority nevertheless went on to assess the lawfulness of the search at the second stage of the s. 8 inquiry and upheld the use of a production order to obtain records of historical text messages. In separate reasons, LaForme J.A. did not opine on the standing issue, but concurred with the majority's holding regarding the lawfulness of the search. The Court of Appeal was therefore united in its disposition of dismissing the appeal.

[8] The appeal to this Court raises three questions. First, at his s. 8 *Charter* application, was the appellant entitled to rely on the Crown's theory that he authored the Text Messages in order to establish his subjective expectation of privacy in them? Second, if so, was the appellant's subjective expectation of privacy objectively reasonable such that he has standing to make his s. 8 claim? And third, did the Production Order provide lawful authority for seizing records of historical text messages located in the hands of a service provider?

[9] I would answer all three questions in the affirmative. I conclude that an accused mounting a s. 8 claim may ask the court to assume as true any fact that the Crown has alleged or will allege in the prosecution against him in lieu of tendering evidence probative of those same facts in the *voir dire*. In this case, Mr. Jones should have been permitted to rely

La juge de première instance a justifié le rejet de la demande en expliquant que l'affaire *TELUS* ne portait pas sur la validité d'une ordonnance de communication visant à obtenir des relevés contenant des messages textes existants. L'appelant a subséquentement été reconnu coupable de plusieurs infractions de trafic d'armes à feu et de trafic de drogues.

[7] En appel, la Cour d'appel a confirmé à la majorité la décision de la juge du procès concernant la qualité pour agir en vertu de l'art. 8 (2016 ONCA 543, 131 O.R. (3d) 604). Cette conclusion était déterminante quant à l'issue de l'appel, mais les juges majoritaires ont néanmoins poursuivi leur examen, se prononçant sur la légalité de la perquisition à la seconde étape de l'analyse fondée sur l'art. 8 et confirmant la validité du recours à une ordonnance de communication pour obtenir des relevés contenant des messages textes existants. Dans des motifs distincts, le juge LaForme n'a pas exprimé d'opinion sur la question de la qualité pour agir, mais il a souscrit à la décision de la majorité sur la légalité de la fouille. La décision de la Cour d'appel rejetant l'appel était par conséquent unanime.

[8] Le pourvoi dont notre Cour est saisie soulève trois questions. Premièrement, dans le cadre de sa demande fondée sur l'art. 8 de la *Charte*, l'appelant avait-il le droit de s'appuyer sur la thèse de la Couronne suivant laquelle il était l'auteur des Messages textes, afin d'établir son attente subjective au respect de sa vie privée à l'égard de ces messages? Deuxièmement, dans l'affirmative, l'attente subjective de l'appelant au respect de sa vie privée était-elle objectivement raisonnable, de sorte que ce dernier avait qualité pour présenter sa demande fondée sur l'art. 8? Enfin, troisièmement, l'Ordonnance de communication conférait-elle aux policiers l'autorisation légitime de saisir des relevés contenant des messages textes existants se trouvant entre les mains d'un fournisseur de services?

[9] Je répondrais par l'affirmative à ces trois questions. Je conclus qu'un accusé qui invoque l'art. 8 peut demander au tribunal de tenir pour avéré tout fait que la Couronne allègue ou entend alléguer dans les poursuites intentées contre lui, au lieu de devoir présenter des éléments de preuve établissant ces mêmes faits lors du *voir-dire*. En l'espèce, M. Jones

on the Crown allegation that he authored the Text Messages, and his subjective expectation of privacy in the subject matter of the search is accordingly established. Further, it is objectively reasonable for the sender of a text message to expect that a service provider will maintain privacy over the records of his or her text messages stored in its infrastructure. I conclude, however, that the appellant's s. 8 rights were not breached because records of historical text messages were lawfully seized by means of a production order under s. 487.012 of the *Code* (now s. 487.014).

[10] For these reasons and the reasons that follow, I would dismiss the appeal and uphold the validity of the Production Order.

## II. Analysis

[11] Section 8 of the *Charter* provides that “[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.” Its basic interpretive structure is well known and consists of two stages. First, the claimant must show that a state act constituted a search or seizure because it invaded his or her reasonable expectation of privacy in the subject matter of the search (*R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 34; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 18). Second, the claimant must show that the search or seizure was itself unreasonable.<sup>1</sup> As a general rule, a *Charter* claimant must prove both the existence of a reasonable expectation of privacy in the relevant subject matter and the unreasonableness of the search or seizure of that subject matter in order to make out a breach of s. 8 (see *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265).

<sup>1</sup> Warrantless searches are presumed unreasonable in the absence of exigent circumstances (see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145).

aurait dû être autorisé à s’appuyer sur l’allégation de la Couronne selon laquelle il était l’auteur des Messages textes, et son attente subjective au respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la fouille est par conséquent établie. De plus, il est objectivement raisonnable de la part de l’expéditeur de messages textes de s’attendre à ce qu’un fournisseur de services maintienne la confidentialité des messages en question qu’il conserve dans son infrastructure. Toutefois, j’arrive à la conclusion que les droits garantis à l’appelant par l’art. 8 n’ont pas été violés, étant donné que les relevés contenant les messages textes existants ont été saisis légalement au moyen de l’ordonnance de communication que prévoyait l’art. 487.012 du *Code* (maintenant l’art. 487.014).

[10] Pour les raisons qui précèdent et pour celles énoncées ci-après, je rejeterais le pourvoi et je confirmerais la validité de l’Ordonnance de communication.

## II. Analyse

[11] L’article 8 de la *Charte* dispose que « [c]hacon a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. » La démarche interprétative fondamentale applicable à l’égard de cet article est bien connue et comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit établir que l’action étatique en cause constituait une fouille, une perquisition ou une saisie en ce qu’elle portait atteinte à ses attentes raisonnables au respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la fouille ou de la perquisition (*R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 34; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 18). Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que la fouille, la perquisition ou la saisie elle-même était abusive<sup>1</sup>. En règle générale, pour établir qu’il y a eu violation de l’art. 8, l’auteur d’une demande fondée sur la *Charte* doit prouver à la fois l’existence d’une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la fouille, perquisition ou saisie, ainsi que le caractère abusif de cette fouille, perquisition ou saisie (voir *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265).

<sup>1</sup> Les fouilles et les perquisitions effectuées sans mandat sont présumées abusives en l’absence de situation d’urgence (voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145).

[12] This appeal engages both stages of the s. 8 inquiry.

A. *Does the Appellant Have Standing to Challenge the Production Order?*

[13] I turn first to the question of standing. Does the appellant have a reasonable expectation of privacy in the subject matter of the search? This question has always been answered with regard to the totality of the circumstances of a particular case (see *Edwards*, at para. 31; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, at p. 62). In *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212, Cromwell J. explained that, in the context of an informational privacy claim, four lines of inquiry may assist in guiding the required analysis (para. 18):

- (1) an examination of the subject matter of the alleged search;
- (2) a determination as to whether the claimant had a direct interest in the subject matter;
- (3) an inquiry into whether the claimant had a subjective expectation of privacy in the subject matter; and
- (4) an assessment as to whether this subjective expectation of privacy was objectively reasonable, having regard to the totality of the circumstances.

(See also *Cole*, at para. 40.)

(1) What Is the Subject Matter of the Search?

[14] First, properly characterizing the subject matter of the search is vital. As explained in *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608, where the state searches records of text messages, it is “the electronic conversation between two or more people” that it seeks to access (para. 19, per McLachlin C.J.). Following *Marakah*, then, the

[12] Le présent pourvoi vise les deux étapes de l’analyse fondée sur l’art. 8.

A. *L’appelant a-t-il qualité pour contester l’Ordonnance de communication?*

[13] Je vais d’abord examiner la question de la qualité pour agir. L’appelant a-t-il une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la fouille? Pour répondre à cette question, les tribunaux tiennent invariablement compte de l’ensemble des circonstances propres à l’affaire dont ils sont saisis (voir *Edwards*, par. 31; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 62). Dans l’arrêt *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212, le juge Cromwell a expliqué que, dans le contexte d’une revendication du droit à la vie privée d’ordre informationnel, quatre considérations peuvent guider le tribunal dans son analyse (par. 18) :

- (1) l’examen de l’objet de la prétendue fouille;
- (2) la question de savoir si le demandeur possédait un droit direct à l’égard de l’objet de la fouille;
- (3) la question de savoir si le demandeur avait une attente subjective en matière de respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la fouille;
- (4) la question de savoir si cette attente subjective en matière de respect de la vie privée était objectivement raisonnable, eu égard à l’ensemble des circonstances.

(Voir également l’arrêt *Cole*, par. 40.)

(1) Quel est l’objet de la fouille?

[14] Au départ, il est crucial de qualifier adéquatement l’objet de la fouille. Comme il est expliqué dans *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608, lorsque l’État effectue une fouille visant à recueillir des relevés contenant des messages textes, ce qu’il cherche à consulter c’est « la conversation électronique qui a eu lieu entre deux ou plusieurs

subject matter of the search here is properly characterized as the “electronic conversation” between Mr. Jones and the user of the Gilles phone.

(2) Does the Claimant Have a Direct Interest and Subjective Expectation of Privacy in the Subject Matter of the Search?

[15] In this case, the courts below held that the appellant’s s. 8 claim fails at the doorstep because he never established that the Text Messages were indeed *his own*. On appeal, we may readily infer that *if* the appellant authored the Text Messages, then he had a direct interest in their subject matter insofar as they were capable of describing aspects of his biographical core. As a factual matter, it is also uncontested that *if* the appellant authored the Text Messages, then he had a subjective expectation of privacy in records of them stored by the service providers involved in their transmission. Therefore, the real question dictating the result at the second and third steps of the above framework is whether the appellant should have been permitted to rely on the Crown’s theory that he was the author of the Text Messages for the purposes of establishing s. 8 standing. As explained below, I would answer that question in the affirmative.

(a) *Should the Appellant Have Been Permitted to Rely on the Crown Theory for the Purposes of Establishing His Subjective Expectation of Privacy in the Text Messages?*

[16] At trial, the Crown tendered the Text Messages as evidence that Mr. Jones offered to transfer a firearm, contrary to s. 99 of the *Criminal Code*. At his *Charter* application challenging their admission, Mr. Jones argued that he need not admit authorship of the impugned evidence in order to mount his s. 8

personnes » (par. 19, la juge en chef McLachlin). Par conséquent, suivant l’arrêt *Marakah*, la « conversation électronique » entre M. Jones et l’utilisateur du téléphone de M. Gilles constitue concrètement l’objet de la fouille.

(2) Le demandeur a-t-il un intérêt direct dans l’objet de la fouille et une attente subjective au respect de sa vie privée à cet égard?

[15] Dans le cas qui nous occupe, les juridictions inférieures ont jugé que la demande de l’appelant fondée sur l’art. 8 échouait dès le départ, parce qu’il n’avait jamais démontré qu’il s’agissait effectivement de *ses propres* Messages textes. Dans le cadre du présent pourvoi, nous pouvons sans aucune hésitation inférer que, *si* l’appelant était l’auteur des Messages textes, il avait donc un intérêt direct dans l’objet de ces messages, étant donné que ceux-ci étaient susceptibles de révéler un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel à son sujet. De plus, dans les faits, personne ne conteste que, *si* l’appelant était l’auteur des Messages textes, il avait en conséquence une attente subjective au respect de sa vie privée à l’égard des copies de ces messages conservées par les fournisseurs de services ayant participé à leur transmission. Par conséquent, la véritable question — dont la réponse dictera le résultat des deuxième et troisième étapes du cadre d’analyse susmentionné — est celle de savoir si, afin d’établir qu’il avait qualité pour présenter une demande fondée sur l’art. 8, l’appelant pouvait s’appuyer sur la thèse de la Couronne suivant laquelle il était l’auteur des Messages textes. Comme je vais l’expliquer ci-après, je répondrais par l’affirmative à cette question.

a) *L’appelant pouvait-il s’appuyer sur la thèse de la Couronne afin d’établir son attente subjective au respect de sa vie privée à l’égard des Messages textes?*

[16] Au procès, la Couronne a déposé les Messages textes afin d’établir que M. Jones avait, en violation de l’art. 99 du *Code criminel*, offert de céder une arme à feu. Dans le cadre de la demande qu’il a présentée en vertu de la *Charte* pour s’opposer à l’admission en preuve de ces messages,

claim. Instead, he said that for the purposes of establishing his subjective expectation of privacy, he was entitled to rely on the Crown's allegation that he is indeed the author of the Text Messages, without admitting as much.

[17] In reply, the respondent Crowns state, correctly, that the burden in a *Charter voir dire* is on the claimant, and that discharging that burden typically requires the claimant to present evidence. They say the appellant's s. 8 claim must fail because the accused is not entitled to rely on the federal Crown's theory in the *voir dire*, and "[t]here was no admission of [his] identity as the sender of the texts anywhere in the pre-trial motion record".

[18] With respect, I would decline to endorse this position. It effectively creates a catch-22 for an accused in Mr. Jones' shoes: admit that you are the author in the *Charter voir dire*, or forego the ability to challenge admission of the evidence tendered to prove that you are the author in the trial proper.

[19] Instead, I conclude that Mr. Jones should have been permitted to rely on the Crown's theory that he authored the Text Messages for the purpose of establishing his subjective expectation of privacy in the subject matter of the search. As I explain below, this result coheres with the relatively modest evidentiary foundation required to establish the subjective expectation element in the totality of the circumstances analysis, as well as the principle against self-incrimination.

[20] To begin, the subjective expectation requirement has never been "a high hurdle" (*R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 37). And

M. Jones a plaidé qu'il n'était pas tenu d'admettre qu'il était l'auteur des éléments de preuve contestés afin de pouvoir présenter une demande fondée sur l'art. 8. Il a plutôt affirmé que, pour démontrer l'existence de son attente subjective au respect de sa vie privée, il avait le droit de s'appuyer sur l'allégation de la Couronne suivant laquelle il était effectivement l'auteur des Messages textes, sans pour autant admettre le bien-fondé de cette allégation.

[17] À l'encontre de cet argument, les représentants de la Couronne — tant fédérale que provinciale — répliquent à juste titre que, lors d'un voir-dire fondé sur la *Charte*, le fardeau de la preuve incombe au demandeur et que, pour s'acquitter de ce fardeau, ce dernier doit habituellement présenter des éléments de preuve au soutien de ses prétentions. Ils affirment que la demande de l'appelant fondée sur l'art. 8 ne saurait être accueillie, parce que l'accusé n'a pas le droit de s'appuyer sur la thèse de la Couronne fédérale dans le cadre d'un voir-dire, et qu' [TRADUCTION] « [a]ucun aveu [l']identifiant comme étant l'expéditeur des textos ne figurait dans le dossier de la requête présentée avant le procès ».

[18] Avec égards, je ne peux souscrire à cet argument, car il a concrètement pour effet de placer un accusé se trouvant dans la situation de M. Jones devant un dilemme : ou bien il admet être l'auteur des messages textes lors du voir-dire fondé sur la *Charte*, ou bien il renonce à la possibilité de contester, au procès, l'admissibilité des éléments qui sont présentés afin de prouver qu'il en est l'auteur.

[19] Je conclus plutôt que M. Jones aurait dû être autorisé à s'appuyer sur la thèse de la Couronne selon laquelle il était l'auteur des Messages textes afin d'établir son attente subjective au respect de sa vie privée à l'égard de l'objet de la fouille. Comme je l'explique ci-après, ce résultat s'accorde avec le fait qu'une preuve relativement minime est requise pour démontrer l'existence de l'attente subjective dans le cadre de l'analyse de l'ensemble des circonstances, ainsi qu'avec le principe protégeant contre l'auto-incrimination.

[20] Il importe d'abord de préciser que le critère de l'attente subjective n'a jamais été « très exigeant » (*R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579,



for good reason. Overemphasizing the presence or absence of a subjective expectation of privacy cannot be reconciled with the normative nature of the s. 8 inquiry. As Justice Binnie explained in *Tessling*, at para. 42:

The subjective expectation of privacy is important but its absence should not be used too quickly to undermine the protection afforded by s. 8 to the values of a free and democratic society. . . . It is one thing to say that a person who puts out the garbage has no reasonable expectation of privacy in it. It is quite another to say that someone who fears their telephone is bugged no longer has a subjective expectation of privacy and thereby forfeits the protection of s. 8. Expectation of privacy is a normative rather than a descriptive standard. [Underlining added.]

[21] The idea here is simple: a *Charter* claimant's subjective belief that Big Brother is watching should not, through the workings of s. 8, be permitted to become a self-fulfilling prophecy. The importance of the subjective expectation element is therefore attenuated in the s. 8 analysis, and the evidentiary foundation required to establish that element is accordingly modest. A subjective expectation of privacy can be presumed or inferred in the circumstances in the absence of the claimant's testimony or admission at the *voir dire* (see *Patrick*, at para. 37; *Tessling*, at para. 38; *Cole*, at para. 43). The modest evidentiary foundation necessary to establish one's subjective expectation of privacy therefore reflects the notion that s. 8's normative import transcends an individual claimant's subjective expectations.

[22] This modest evidentiary foundation also aligns with the practical reality of criminal proceedings. For the defence, it may be a dangerous gambit to call an accused to the stand. That is equally true in a *voir dire*, insofar as an accused's testimony may later be used for incrimination or impeachment purposes or result in tactical disadvantages. Therefore, to the extent that the subjective expectation element can be presumed or inferred in the circumstances, the law has not required an accused to assume the risks of testifying in order to prove that he

par. 37), et ce, pour une bonne raison d'ailleurs. En effet, une insistance trop grande sur la présence ou l'absence d'une attente subjective au respect de la vie privée n'est pas conciliable avec le caractère normatif de l'analyse fondée sur l'art. 8. Ainsi que l'a expliqué le juge Binnie dans l'arrêt *Tessling*, par. 42 :

L'attente subjective en matière de vie privée a son importance, mais il ne faudrait pas utiliser trop rapidement son absence pour écarter la protection des valeurs d'une société libre et démocratique qu'offre l'art. 8. [ . . . ] Affirmer qu'un particulier qui laisse ses ordures au ramassage n'a pas d'attente raisonnable en matière de vie privée à leur sujet est une chose. Mais c'en est une toute autre de dire qu'une personne qui craint que son téléphone soit sur écoute n'a plus d'attente subjective en matière de vie privée et qu'elle ne peut plus de ce fait revendiquer la protection de l'art. 8. L'attente en matière de vie privée est de nature normative et non descriptive. [Je souligne.]

[21] La proposition est simple : on ne saurait laisser la croyance subjective de l'auteur d'une demande fondée sur la *Charte* que « Big Brother » le surveille devenir une prophétie qui se concrétise d'elle-même par l'opération de l'art. 8. L'importance de l'élément relatif à l'attente subjective est par conséquent atténuée dans l'analyse fondée sur l'art. 8, et la preuve requise pour établir cet élément est donc minime. En l'absence de témoignage ou d'aveu du demandeur lors du *voir-dire*, une telle attente subjective peut être présumée ou inférée eu égard aux circonstances (voir *Patrick*, par. 37; *Tessling*, par. 38; *Cole*, par. 43). La preuve minime qui est requise d'un demandeur donné afin de démontrer son attente subjective au respect de sa vie privée reflète donc l'idée que la portée normative de l'art. 8 transcende les attentes subjectives de ce demandeur.

[22] La preuve minime ainsi requise tient également compte des réalités pratiques des procès criminels. Pour la défense, la décision de faire témoigner l'accusé au procès peut s'avérer périlleuse. Il en va de même lors d'un *voir-dire*, dans la mesure où son témoignage peut subséquentement être utilisé contre lui pour l'incriminer ou pour attaquer sa crédibilité, ou encore jouer contre lui par la suite sur le plan stratégique. En conséquence, dans la mesure où l'élément relatif à l'attente subjective peut être présumé ou inféré eu égard aux circonstances,

subjectively expected privacy in the subject matter of the search.

[23] The potential risks of testifying or making an admission through counsel in a s. 8 *voir dire* are apparent in Mr. Jones' case. An admission that he authored the Text Messages was tantamount to admitting the charged offence of illegally offering to transfer a firearm. Indeed, at trial, Mr. Jones was convicted because the Crown proved beyond a reasonable doubt that "a series of text messages . . . between Waldron and Jones demonstrate[d] a concerted effort to work together to offer to transfer firearms" (trial judgment, reproduced in A.R., vol. I, at pp. 42-102, at paras. 94 and 95-100). An admission that he was the author was therefore, in practical terms, an admission of both identity and the *actus reus* of the offence.

[24] I am mindful of the rule that evidence in the *voir dire* is not automatically admissible in the trial proper (see *R. v. Gauthier*, [1977] 1 S.C.R. 441, at p. 452; *R. v. Jir*, 2010 BCCA 497, 264 C.C.C. (3d) 64, at para. 10). Still, an admission at the *voir dire* can restrict the permissible scope of defence evidence and submissions at trial. If Mr. Jones admitted authorship of the Text Messages at the *voir dire*, his counsel would have been ethically barred from arguing that someone else had authored the Text Messages in the trial proper. In theory, he could have still held the Crown to its burden to prove authorship of the Text Messages (see, e.g., *R. v. Hurry*, 2002 ABQB 420, 165 C.C.C. (3d) 182, at paras. 1 and 3). But in practice, this presents an accused in Mr. Jones' shoes with difficult tactical decisions. Should he admit authorship in the s. 8 *voir dire* in order to have a chance at holding the state to its *Charter* obligations? Or should he forego a s. 8 claim in order to more rigorously contest the Crown's theory at trial? Perhaps more significantly, should he assume the risk that the admission could

le droit n'oblige pas l'accusé à assumer les risques afférents au fait de témoigner, afin de prouver qu'il s'attendait subjectivement au respect de sa vie privée à l'égard de l'objet de la fouille ou de la perquisition.

[23] Les risques potentiels liés à un témoignage ou à un aveu fait par l'entremise de l'avocat lors d'un voir-dire fondé sur l'art. 8 sont apparents dans le cas de M. Jones. Le fait d'avouer qu'il était l'auteur des Messages textes aurait équivalu à admettre sa culpabilité à l'égard de l'infraction reprochée, soit le fait d'avoir illégalement offert de céder une arme à feu. D'ailleurs, au procès, M. Jones a été déclaré coupable parce que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable [TRADUCTION] « qu'une série de messages textes échangés [. . .] entre MM. Waldron et Jones démontraient des efforts concertés de leur part en vue de collaborer afin d'offrir de céder des armes à feu » (jugement de première instance, reproduit au d.a., vol. I, p. 42-102, par. 94 et 95-100). Un aveu de M. Jones reconnaissant qu'il était l'auteur des Messages textes aurait donc constitué, en pratique, un aveu à la fois sur la question de l'identité et sur celle de l'*actus reus* de l'infraction.

[24] Je suis consciente de la règle selon laquelle la preuve présentée au voir-dire n'est pas automatiquement admissible lors du procès proprement dit (voir *R. c. Gauthier*, [1977] 1 R.C.S. 441, p. 452; *R. c. Jir*, 2010 BCCA 497, 264 C.C.C. (3d) 64, par. 10). Néanmoins, un aveu fait lors du voir-dire peut avoir pour effet de limiter l'étendue de la preuve et des arguments que la défense sera admise à présenter au procès. Si M. Jones avait avoué au voir-dire être l'auteur des Messages textes, son avocat n'aurait pas été autorisé, sur le plan éthique, à plaider au procès proprement dit que quelqu'un d'autre en était l'auteur. En théorie, il aurait toujours pu obliger la Couronne à s'acquitter du fardeau qui lui incombait, à savoir prouver l'identité de l'auteur des Messages textes (voir, p. ex., *R. c. Hurry*, 2002 ABQB 420, 165 C.C.C. (3d) 182, par. 1 et 3). Mais, en pratique, un accusé qui se trouve dans la situation de M. Jones est aux prises avec des décisions tactiques difficiles. Devrait-il, lors du voir-dire fondé sur l'art. 8, reconnaître qu'il est l'auteur des Messages textes afin de se ménager la possibilité d'obliger l'État à

be used by the Crown for inculpatory or impeachment purposes?<sup>2</sup>

[25] The federal Crown submits these choices follow from the fact that the *Charter* is not a “tactical Bill of Rights” which permits the accused to have his cake and eat it too. With respect, I see the matter differently for three reasons.

[26] First, the Crown’s argument on this point cuts both ways. As the intervener Criminal Lawyers’ Association of Ontario argues, the Crown should not be permitted to say there is sufficient evidence proving Mr. Jones’ authorship of the messages beyond a reasonable doubt at trial, but argue that he has not discharged his burden on the balance of probabilities in the *voir dire*. The Crown is right to argue that it is the *accused’s s. 8 motion*. But that motion arises within the *Crown’s prosecution*. And it is the Crown, as a quasi-minister of justice, that is charged with ensuring the overall fairness of that prosecution. Therefore, as between the accused and the Crown, it is more fitting that the Crown be restrained from adopting inconsistent positions.

<sup>2</sup> In posing this question, I note that this Court has not ruled on whether a *Charter* claimant’s testimony in a *s. 8 voir dire* is subject to the protections against self-incrimination provided by s. 13 of the *Charter*. Nor is this the proper case to do so. However, it may follow from this Court’s decisions in *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, and *R. v. Nedelcu*, 2012 SCC 59, [2012] 3 S.C.R. 311, that because the accused is not a compellable witness at his own *s. 8 voir dire*, his evidence could subsequently be used to cross-examine him for both incrimination and impeachment purposes. To that extent, Mr. Jones would be reluctant to admit he authored the Text Messages because he was worried about potentially incriminating himself.

respecter les obligations qui lui incombent en vertu de la *Charte*? Devrait-il plutôt renoncer à la possibilité d’invoquer l’art. 8 afin de pouvoir contester plus rigoureusement la thèse du ministère public au procès? Ou bien — considération encore plus lourde de conséquences — devrait-il courir le risque que la Couronne se serve de son aveu en vue d’établir sa culpabilité ou de contester sa crédibilité?<sup>2</sup>

[25] La Couronne fédérale soutient que ces choix découlent du fait que la *Charte* ne constitue pas une [TRADUCTION] « déclaration des droits d’ordre tactique » qui permet à l’accusé de gagner sur tous les tableaux. Soit dit en tout respect, je vois les choses différemment, et ce, pour trois raisons.

[26] Premièrement, l’argument de la Couronne sur ce point joue dans les deux sens. En effet, comme l’affirme l’intervenante la Criminal Lawyers’ Association of Ontario, on ne saurait permettre à la Couronne, d’une part, de prétendre au procès qu’il y a suffisamment d’éléments démontrant hors de tout doute raisonnable que M. Jones était l’auteur des messages, mais, d’autre part, d’affirmer que ce dernier ne s’est pas acquitté, selon la prépondérance des probabilités, du fardeau de preuve qui lui incombait lors du voir-dire. La Couronne a raison de soutenir qu’il s’agit d’une requête présentée par l’accusé en vertu de l’art. 8. Mais la présentation de cette requête s’inscrit dans la foulée des poursuites intentées par la Couronne. Et c’est cette dernière, en qualité de quasi-ministre de la Justice, qui est chargée de veiller à l’équité générale de ces poursuites. Par conséquent, il convient davantage d’empêcher la Couronne — plutôt que l’accusé — d’adopter des positions incompatibles.

<sup>2</sup> Je tiens à souligner, en posant cette question, que notre Cour ne s’est pas encore prononcée sur la question de savoir si la personne qui témoigne lors d’un voir-dire tenu à l’égard de la demande qu’elle présente en vertu de l’art. 8 de la *Charte* bénéficie des garanties contre l’auto-incrimination prévues à l’art. 13 de ce même texte. Et il ne s’agit pas non plus d’une affaire se prêtant à un tel examen. Toutefois, il découle peut-être des arrêts de notre Cour *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, et *R. c. Nedelcu*, 2012 CSC 59, [2012] 3 R.C.S. 311, que, comme un accusé ne peut être contraint à témoigner lors de son propre voir-dire fondé sur l’art. 8, son témoignage pourrait être utilisé ultérieurement pour le contre-interroger tant en vue de l’incriminer que d’attaquer sa crédibilité. Pour cette raison, M. Jones était hésitant à admettre qu’il était l’auteur des Messages textes, de crainte que cela puisse éventuellement l’incriminer.

[27] Second — and on a more practical note — I respectfully reject the Crown’s argument that allowing the accused to rely on the Crown’s theory in his *Charter* application would be procedurally inefficient because the accused would not be tactically bound to his position at the *voir dire*. In this case, the trial judge had the benefit of at least the following on the s. 8 *Charter* claim:

- (i) The Information to Obtain the Production Order listing Mr. Jones as the user of the cellphone from which the Text Messages were sent; and
- (ii) A submission from the Crown that “the evidence is very clear that it is [Mr. Jones’ and Mr. Waldron’s] communication, but they haven’t said that”.

[28] At first instance, the s. 8 claim turned on the novel legal question that is now before this Court. It was not a factually driven dispute. In that situation, permitting the accused to rely on the Crown’s theory is more efficient than requiring the accused to call circumstantial evidence in an attempt to ground his desired inference.

[29] Third, requiring an accused to admit Crown allegations in order to have a shot at holding the state to its constitutional obligations under s. 8 sits uneasily alongside the principle against self-incrimination. The principle against self-incrimination is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* and provides a “general organizing principle of criminal law from which particular rules can be derived” (*R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544, at para. 123, quoting *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 249). It reflects the basic tenet that “the Crown must establish a ‘case to meet’ before there can be any expectation that the accused should respond”

[27] Deuxièmement — et d’un point de vue plus pratique —, je dois avec égards rejeter l’argument de la Couronne suivant lequel il serait inefficace au plan procédural d’autoriser l’accusé à s’appuyer sur la thèse de la Couronne dans sa demande fondée sur la *Charte*, étant donné que ce dernier ne serait pas tenu, sur le plan tactique, de s’en tenir à la position qu’il a avancée au voir-dire. Dans le cas qui nous occupe, la juge du procès avait l’avantage d’avoir en mains à tout le moins les éléments suivants lors de l’examen de la demande fondée sur l’art. 8 de la *Charte* :

- (i) la dénonciation qui avait été déposée en vue d’obtenir l’Ordonnance de communication et qui mentionnait que M. Jones était l’utilisateur du téléphone cellulaire à partir duquel les Messages textes avaient été envoyés;
- (ii) la prétention de la Couronne selon laquelle [TRADUCTION] « il ressort très clairement de la preuve qu’il s’agit de communications entre [M. Jones et M. Waldron], mais ils n’ont pas dit que c’était le cas ».

[28] En première instance, la demande fondée sur l’art. 8 portait sur la nouvelle question de droit dont notre Cour est maintenant saisie. Il ne s’agissait pas d’un litige axé sur les faits. Dans un tel cas, il est plus efficace de permettre à l’accusé de s’appuyer sur la thèse de la Couronne que de l’obliger à présenter des éléments de preuve circonstanciels afin de tenter d’étayer l’inférence qu’il souhaite qu’on en tire.

[29] Troisièmement, obliger l’accusé à admettre le bien-fondé des allégations de la Couronne afin d’avoir la possibilité d’obliger l’État à respecter les obligations constitutionnelles qui lui incombent en vertu de l’art. 8 s’accorde mal avec la règle protégeant contre l’auto-incrimination. Cette règle est un principe de justice fondamentale consacré par l’art. 7 de la *Charte*, constituant un « principe directeur général de droit criminel, dont il est possible de tirer des règles particulières » (*R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544, par. 123, citant l’arrêt *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 249). Elle reflète le précepte fondamental voulant que « le ministère

(*R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 41). Like s. 8, it is grounded in the value “placed by Canadian society upon individual privacy, personal autonomy and dignity” (*Hart*, at para. 123, citing *White*, at para. 43). However, requiring an accused to effectively admit Crown allegations as a pre-requisite to making full answer and defence through bringing a s. 8 *Charter* challenge creates a tension with the principle against self-incrimination. Indeed, this tension may well have resulted in Mr. Jones’ decision not to lead evidence going to his subjective expectation of privacy.

[30] In my view, however, this tension need not arise. Although the principle against self-incrimination is not a free-standing legal protection, it is to be considered in fashioning legal rules in the development of the common law and *Charter* law (see, e.g., *Hart*, at para. 123; *White*, at para. 45). As Iacobucci J. explained in *White*, at para. 45:

The principle against self-incrimination demands different things at different times, with the task in every case being to determine exactly what the principle demands, if anything, within the particular context at issue.

[31] What, if anything, does the principle demand in the instant context? It is clear that, to the extent possible, the elements of s. 8 — which in itself provides a fundamental principle of justice — should be informed by, and reconciled with, the principle against self-incrimination.

[32] In my view, that is best accomplished by concluding that counsel for a s. 8 applicant may ask the court to assume as true for s. 8 purposes any fact that the Crown has alleged or will allege in the prosecution against him. In other words, where the alleged

public établit une “preuve complète” avant que surgisse une attente de réponse de la part de l’accusé » (*R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 41). À l’instar de l’art. 8, cette règle repose sur « la valeur qu’attribue la société canadienne à la vie privée, à l’autonomie personnelle et à la dignité » (*Hart*, par. 123, citant l’arrêt *White*, par. 43). Cependant, le fait d’obliger un accusé à reconnaître effectivement le bien-fondé des allégations de la Couronne avant de lui accorder la possibilité de présenter une défense pleine et entière en soumettant une contestation fondée sur l’art. 8 de la *Charte* est source de tension, car une telle obligation va à l’encontre de la règle protégeant contre l’auto-incrimination. D’ailleurs, cette tension peut fort bien être à l’origine de la décision de M. Jones de ne pas présenter de preuve au sujet de son attente subjective au respect de sa vie privée.

[30] Je suis toutefois d’avis qu’une telle tension n’est pas nécessaire. Bien que la règle protégeant contre l’auto-incrimination ne soit pas une garantie juridique autonome, elle doit être prise en compte dans l’élaboration des règles de droit dans le cadre de l’évolution de la common law et du droit relatif à la *Charte* (voir, p. ex., *Hart*, par. 123; *White*, par. 45). Comme l’a expliqué le juge Iacobucci dans l’arrêt *White*, par. 45 :

Le principe interdisant l’auto-incrimination exige différentes choses à différents moments, la tâche dans chaque affaire étant de déterminer avec précision ce que le principe exige, s’il y a lieu, dans le contexte particulier en cause.

[31] Quelles sont les exigences, s’il en est, découlant de cette règle dans le présent contexte? Il est évident que, dans la mesure du possible, les éléments de l’art. 8 — lequel constitue lui-même un principe de justice fondamentale — doivent tenir compte de la règle protégeant contre l’auto-incrimination et être compatibles avec celle-ci.

[32] À mon avis, la meilleure façon d’y parvenir consiste à conclure que l’avocat de l’auteur d’une demande fondée sur l’art. 8 peut demander au tribunal de tenir pour avéré tout fait que la Couronne allègue ou entend alléguer dans les poursuites intentées

Crown facts, if taken to be true, would establish certain elements of the applicant's s. 8 claim, he or she need not tender additional evidence probative of those facts in order to make out those same elements. Although the entirety of the facts and the Crown theory may not be apparent at the time of the *voir dire*, the court may infer it from the nature of the charges. Alternatively, the court may encourage prosecutors to be forthright in regards to their theory.

[33] The preceding lays out an exception to the rule that a *Charter* applicant “bears the burden of persuading the court that [his] *Charter* rights or freedoms have been infringed or denied” (*Collins*, at p. 277). Mr. Jones is entitled to rely on this exception because, as explained above, Ontario Crown counsel tendered the Text Messages to prove that he was the author of their inculpatory contents, and admitted in the *voir dire* that the evidence was “very clear” in that respect. Pursuant to the Crown's theory, then, he should have been presumed to be the author of the Text Messages for the purposes of his s. 8 application.

[34] In the instant circumstances, it follows that Mr. Jones subjectively expected privacy in records of his electronic conversation found in the service provider's infrastructure. As the Court of Appeal correctly noted, text messages are private communications. This is not in dispute. Further, as the application judge found, Mr. Jones and his co-accused used third-party names so as to “avoid detection or association with” the Text Messages (application judgment, reproduced in A.R., vol. I, at pp. 1-41, at para. 31). This suggests they intended their communications to remain private. Accordingly, we may infer that Mr. Jones had a subjective expectation of privacy in the subject matter of the search.

contre son client. En d'autres mots, lorsque les faits allégués par la Couronne, s'ils sont tenus pour avérés, établiraient certains aspects de la demande fondée sur l'art. 8, l'auteur de cette demande n'a pas à présenter des éléments de preuve additionnels pour prouver ces aspects. Bien que l'ensemble des faits ainsi que la thèse de la Couronne ne ressortent peut-être pas de manière évidente au moment du voir-dire, il est possible au tribunal de les inférer de la nature des accusations. Subsidiairement, le tribunal peut encourager les poursuivants à exposer clairement leur thèse.

[33] Ce qui précède constitue une exception au principe suivant lequel l'auteur d'une demande fondée sur la *Charte* « a la charge de persuader la cour de la violation ou de la négation des droits ou libertés que lui confère la *Charte* » (*Collins*, p. 277). Monsieur Jones a le droit d'invoquer cette exception parce que, comme je l'ai expliqué plus tôt, l'avocat de la Couronne de l'Ontario a soumis les Messages textes pour établir que M. Jones en était l'auteur, et il a reconnu au voir-dire que la preuve était [TRADUCTION] « très claire » à cet égard. Par conséquent, conformément à la thèse de la Couronne, M. Jones était l'auteur présumé des Messages textes lors de l'examen de sa demande fondée sur l'art. 8.

[34] Dans les circonstances de l'espèce, il s'ensuit que M. Jones s'attendait subjectivement à ce que l'on respecte son droit à la vie privée relativement aux copies de sa conversation électronique se trouvant dans l'infrastructure du fournisseur de services. Comme l'a souligné à juste titre la Cour d'appel, les messages textes constituent des communications privées. Cela n'est pas contesté. De plus, comme a conclu la juge saisie de la demande, M. Jones et son coaccusé se sont servis de noms de tiers pour [TRADUCTION] « éviter d'être repérés ou d'être associés » aux Messages textes (jugement sur la demande, reproduit au d.a., vol. I, p. 1-41, par. 31). Cela tend à indiquer qu'ils entendaient que leurs communications demeurent privées. Par conséquent, il est possible d'en inférer que M. Jones avait une attente subjective au respect de sa vie privée relativement à l'objet de la fouille.

(3) Is the Appellant's Subjective Expectation of Privacy Objectively Reasonable?

[35] Having determined that Mr. Jones had a subjective expectation of privacy in the subject matter of the search, the question then becomes whether that expectation is an objectively reasonable one. To be clear, the issue here is whether the sender of a text message has a reasonable expectation of privacy in records of that message stored in the service provider's infrastructure. The further question of whether or not it is reasonable for that expectation to persist when the information is in the hands of the intended recipient is the focus of the *Marakah* appeal.

[36] The application judge held that Mr. Jones did not have a reasonable expectation of privacy in the Text Messages, and the majority of the Court of Appeal upheld her decision. The arguments in support of their respective holdings can be distilled into two lines of thought. The first is a general proposition that the sender of a text message does not have a reasonable expectation of privacy in records of that message in the hands of the service provider because he voluntarily relinquished control over the message when he sent it. The second points to the rest of the totality of the circumstances in this case, namely that:

- (i) the appellant was not a party to a confidentiality agreement with Telus; and
- (ii) the Production Order and attendant seizure targeted a Telus account in the name of a third party.

[37] In my view, these arguments are no answer to Mr. Jones' claim for s. 8 standing. As I see it, it was reasonable for him to expect that the Text Messages he sent would not be shared by a service provider

(3) L'attente subjective de l'appelant au respect de sa vie privée est-elle objectivement raisonnable?

[35] Vu ma conclusion selon laquelle M. Jones avait une attente subjective au respect de sa vie privée relativement à l'objet de la fouille, il s'agit maintenant de décider si cette attente était objectivement raisonnable. En clair, la question à laquelle il faut répondre en l'espèce est celle de savoir si l'expéditeur d'un message texte possède une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des copies de ce message texte conservées dans l'infrastructure du fournisseur de services. L'autre question qui se pose — c'est-à-dire celle de savoir si cette attente demeure raisonnable lorsque les renseignements se trouvent entre les mains du destinataire visé — est la question en litige dans le pourvoi *Marakah*.

[36] La juge saisie de la demande a conclu que M. Jones n'avait pas d'attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement aux Messages textes, et la Cour d'appel a confirmé cette décision à la majorité. Les arguments étayant leur décision respective peuvent être résumés en deux raisonnements distincts. Le premier repose sur la proposition générale voulant que l'expéditeur d'un message texte ne possède pas d'attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement aux copies de ce message lorsque celui-ci se trouve entre les mains du fournisseur de services, pour le motif qu'il a volontairement renoncé à la maîtrise de ce message lorsqu'il l'a envoyé. Le second raisonnement met l'accent sur l'ensemble des circonstances de l'espèce, à savoir :

- (i) l'appelant n'était pas partie à une entente de confidentialité avec Telus;
- (ii) l'Ordonnance de communication et la saisie qui en a découlé visaient un compte Telus enregistré au nom d'un tiers.

[37] À mon avis, ces arguments ne répondent pas à la prétention de M. Jones suivant laquelle il a la qualité requise pour présenter une demande fondée sur l'art. 8. À mon sens, il était raisonnable de sa

with any parties other than the intended recipient. And, as explained below, neither the absence of a contractual policy, nor the fact that the Production Order targeted a third party, deprives him of that protection.

- (a) *Does the Sender of a Text Message Have a Reasonable Expectation of Privacy in Its Informational Contents in the Hands of a Service Provider?*

[38] Like all *Charter* rights, s. 8 demands a purposive interpretation (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344). It is therefore helpful to begin by recalling its essential purpose. Section 8 protects an individual’s reasonable expectation of privacy — his or her reasonable “right to be [left] alone by other people” (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 159). As understood by this Court, personal privacy is vital to an individual’s dignity, autonomy, and personal growth (*R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at paras. 89-90; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-28; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 292; *Spencer*, at para. 48). The protection of personal privacy is accordingly a basic prerequisite to the flourishing of a free and healthy democracy.

[39] In the context of informational privacy, specifically, this Court has long recognized that “all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain for himself as he sees fit” (*Dymnt*, at p. 429, quoted in *Spencer*, at para. 40). The concern here is informational self-determination. Just as individuals may choose to be left alone in their own homes by closing the door on the state and reasonably expect privacy, they may choose to divulge certain information for a limited purpose, or to a limited class of persons, and nonetheless retain a reasonable expectation of privacy,

part de s’attendre à ce que le fournisseur de services ne communiquerait à personne d’autre qu’au destinataire visé les Messages textes qu’il envoyait. De plus, comme je l’expliquerai plus loin, ni l’absence de politique de confidentialité de nature contractuelle ni le fait que l’Ordonnance de communication visait un tiers ne le privent de cette protection.

- a) *L’expéditeur d’un message texte a-t-il une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement au contenu informationnel de ce message texte lorsqu’il se trouve entre les mains d’un fournisseur de services?*

[38] Comme tous les autres droits garantis par la *Charte*, l’art. 8 commande une interprétation téléologique (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344). Il est donc utile de commencer en rappelant la raison d’être fondamentale de cette disposition. L’article 8 protège l’attente raisonnable d’une personne au respect de sa vie privée, c’est-à-dire son droit raisonnable « de ne pas être importuné[e] par autrui » (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159). Suivant l’interprétation qu’en a donnée notre Cour, le respect de la vie privée d’un individu est essentiel pour assurer la dignité, l’autonomie et la croissance personnelle de celui-ci (*R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 89-90; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427-428; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 292; *Spencer*, par. 48). La protection de la vie privée des individus est par conséquent une condition préalable essentielle à l’épanouissement d’une démocratie libre et en santé.

[39] Dans le contexte de l’intimité informationnelle, en particulier, notre Cour reconnaît depuis longtemps que « l’information de caractère personnel est propre à l’intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l’entend » (*Dymnt*, p. 429, cité dans *Spencer*, par. 40). La préoccupation en cause dans la présente affaire est l’autodétermination informationnelle. Tout comme une personne peut choisir de ne pas être importuné par autrui à son domicile en fermant sa porte aux représentants de l’État et raisonnablement s’attendre au respect de sa vie privée, cette même personne



depending on the circumstances. When it comes to s. 8, protecting such choices is essential.

[40] In the totality of the circumstances analysis, a s. 8 claimant's direct *control* over the subject matter of the privacy claim and his or her ability to directly regulate *access* thereto have figured prominently in the analysis (*Edwards*, at para. 31; *Patrick*, at para. 27; *Tessling*, at para. 32; *Cole*, at paras. 45-58). For example, relinquishing control over physical subject matter by putting it out for garbage collection, or by discarding it into a garbage can, may reasonably reflect a meaningful choice to abandon one's privacy interest in that subject matter (see, e.g., *Patrick*; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607). On the other hand, keeping financial documents in a locked safe may reflect a choice to keep the information private (*R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227). The control and access factors have also been particularly salient in territorial privacy cases. As suggested above, land owners and tenants have a practical ability to exclude visitors from their territory and maintain a choice to be left alone by controlling access to their domicile (*Patrick*; *Edwards*; *R. v. Pugliese* (1992), 71 C.C.C. (3d) 295 (Ont. C.A.)). In these traditional circumstances, it is meaningful to speak of direct control, access and choice in the same breath, since relinquishing control and giving others access to the subject matter of a privacy claim may indicate that it is unreasonable to expect privacy in that subject matter.

peut pareillement choisir de divulguer certains renseignements soit pour une fin précise, soit encore à une catégorie restreinte de personnes, et néanmoins conserver une attente raisonnable au respect de sa vie privée, selon les circonstances. Lorsque l'art. 8 est en jeu, il est essentiel de protéger la faculté de faire ces choix.

[40] Le *contrôle* direct qu'exerce l'auteur d'une demande fondée sur l'art. 8 sur l'objet de sa revendication du droit au respect de sa vie privée, ainsi que la capacité de cette personne de régir directement l'*accès* à cet objet, sont des facteurs qui ont joué un rôle de premier plan dans l'analyse de l'ensemble des circonstances (*Edwards*, par. 31; *Patrick*, par. 27; *Tessling*, par. 32; *Cole*, par. 45-58). Par exemple, le fait qu'une personne ait renoncé au contrôle de l'objet physique visé par la fouille, par exemple en le déposant pour qu'il soit ramassé au bord du chemin lors de la collecte des ordures, ou encore en le jetant dans une poubelle, peut raisonnablement témoigner de son choix réfléchi de renoncer au respect de son droit à la vie privée à l'égard de cet objet (voir, p. ex., *Patrick*; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607). En revanche, le fait que des documents financiers soient conservés dans un coffre-fort peut être une indication de la décision de préserver le caractère privé de l'information qu'ils contiennent (*R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227). Ces facteurs — le contrôle et l'accès — ont également joué un rôle particulièrement important dans les affaires relatives à l'intimité territoriale. Comme il a été mentionné plus tôt, les propriétaires et locataires d'immeubles possèdent la faculté concrète d'exclure les visiteurs de leur territoire et de choisir de ne pas y être importunés en limitant l'accès à leur domicile (*Patrick*; *Edwards*; *R. c. Pugliese* (1992), 71 C.C.C. (3d) 295 (C.A. Ont.)). Dans de telles situations, il est logique d'invoquer en même temps les notions de contrôle direct, d'accès et de choix, car le fait qu'une personne renonce à l'exercice du contrôle sur l'objet de sa revendication du droit au respect de sa vie privée et qu'elle donne à autrui accès à cet objet peut indiquer qu'il n'est pas raisonnable dans un tel cas que cette personne s'attende au respect de sa vie privée à cet égard.

[41] However, as this Court recognized in *Spencer* and *TELUS*, control and access are not all or nothing concepts.

[42] In *Spencer*, police requested subscriber information associated with a particular Internet Protocol (“IP”) address from an Internet service provider. An IP address leaves a trail of “digital breadcrumbs” with the service provider (see S. Magotiaux, “Out of Sync: Section 8 and Technological Advancement in Supreme Court Jurisprudence” (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 501, at p. 502). Those breadcrumbs are capable of revealing a history of one’s private activity on the Internet (see *R. v. Trapp*, 2011 SKCA 143, 377 Sask. R. 246, at para. 36). But once left in the hands of the service provider, they are out of the Internet user’s direct control. The Court in *Spencer* nevertheless recognized that Mr. Spencer had a reasonable expectation of privacy in the subject matter of the search, even if an Internet “user cannot fully control or even necessarily be aware of who may observe a pattern of online activity” (para. 46). In doing so, the Court relied in part on the legislative framework in the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (“*PIPEDA*”):

Given that the purpose of *PIPEDA* is to establish rules governing, among other things, disclosure “of personal information in a manner that recognizes the right of *privacy* of individuals with respect to their personal information” . . . it would be reasonable for an Internet user to expect that a simple request by police would not trigger an obligation to disclose personal information or defeat *PIPEDA*’s general prohibition on the disclosure of personal information without consent. [Underlining added.]

(*Spencer*, at para. 62)

[43] Similarly, in *TELUS*, a plurality of the Court recognized that:

[41] Toutefois, comme l’a reconnu notre Cour dans les arrêts *Spencer* et *TELUS*, le contrôle et l’accès ne sont pas des concepts absolus.

[42] Dans *Spencer*, les policiers avaient obtenu d’un fournisseur de services Internet des renseignements relatifs à l’abonné à qui appartenait une adresse de protocole Internet (« IP ») particulière. Or, une adresse IP laisse des traces sous forme de [TRADUCTION] « fragments numériques » auprès du fournisseur de services (voir S. Magotiaux, « Out of Sync : Section 8 and Technological Advancement in Supreme Court Jurisprudence » (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 501, p. 502). Ces fragments sont susceptibles de révéler l’historique des activités privées d’une personne sur Internet (voir *R. c. Trapp*, 2011 SKCA 143, 377 Sask. R. 246, par. 36). Cependant, une fois qu’ils se trouvent entre les mains du fournisseur de services, ces fragments échappent au contrôle direct de l’internaute. Dans l’arrêt *Spencer*, notre Cour a néanmoins reconnu que M. Spencer avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard de l’objet de la fouille, et ce, même si un internaute « n’est pas en mesure d’exercer un contrôle total à l’égard de la personne qui peut observer le profil de ses activités en ligne et [. . .] n’est pas toujours informé de l’identité de celle-ci » (par. 46). La Cour a tiré cette conclusion en s’appuyant en partie sur le cadre législatif établi par la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5 (« *LPRPDE* ») :

Puisque la *LPRPDE* a pour objet de fixer des règles régissant, entre autres, la communication de « renseignements personnels d’une manière qui tient compte du droit des individus à *la vie privée* à l’égard des renseignements personnels qui les concernent » [. . .] il serait raisonnable que l’internaute s’attende à ce qu’une simple demande faite par la police n’entraîne pas l’obligation de communiquer les renseignements personnels en question ou qu’elle n’écarte pas l’interdiction générale prévue par la *LPRPDE* quant à la communication de renseignements personnels sans le consentement de l’intéressé. [Je souligne.]

(*Spencer*, par. 62)

[43] De même, dans l’arrêt *TELUS*, une pluralité de juges de notre Cour ont reconnu ce qui suit :

. . . telecommunications service providers act merely as a third-party “conduit” for the transmission of private communications and ought to be able to provide services without having a legal effect on the nature (or, in this case, the protection) of these communications . . . [para. 41]

[44] *TELUS* implicitly acknowledges that, as a normative matter, it is reasonable to expect a service provider to keep information private where its receipt and retention of such information is incidental to its role of delivering private communications to the intended recipient. That is intuitive. One would not reasonably expect the service provider to share his text messages with an unintended recipient, or post them publicly for the world to see.

[45] This case is akin to *Spencer* and *TELUS* in the sense that Mr. Jones’ decision to message Mr. Waldron necessarily leaves a trail of digital breadcrumbs with Telus. However, as in *Spencer* and *TELUS*, this does not eliminate Mr. Jones’ reasonable expectation that a service provider would keep the Text Messages private. Like the service provider in *Spencer*, the service provider here is subject to the provisions of *PIPEDA*, which strictly limit its ability to disclose information (see, e.g., ss. 3, 5(3) and 7 of *PIPEDA*). As *Spencer* demonstrates, those limitations operate regardless of whether or not the target of the search is a subscriber of that particular service provider. Here, as in *Spencer* and *TELUS*, the only way to retain control over the subject matter of the search vis-à-vis the service provider was to make no use of its services at all. That choice is not a meaningful one. Focusing on the fact that Mr. Jones relinquished direct control vis-à-vis the service provider is accordingly difficult to reconcile with a purposive approach to s. 8. Canadians are not required to become digital recluses in order to maintain some semblance of privacy in their lives. I therefore conclude that the sender of a text message retains a reasonable expectation of privacy in records of text messages stored in a service provider’s infrastructure notwithstanding that he relinquished direct control over

. . . les fournisseurs de services de télécommunications ne sont que des tiers qui transmettent des communications privées à titre d’« agents » et [ils] devraient pouvoir fournir leurs services sans que cela n’entraîne d’effets juridiques sur la nature (ou, en l’espèce, sur la protection) de ces communications . . . [par. 41]

[44] L’arrêt *TELUS* reconnaît implicitement que, sur le plan normatif, il est raisonnable de s’attendre à ce qu’un fournisseur de services protège le caractère privé de l’information qui lui est confiée, dans les cas où la réception et la conservation de cette information constituent un aspect accessoire de son rôle consistant à acheminer des communications privées au destinataire visé. Cette conclusion a un caractère intuitif. En effet, il ne serait pas raisonnable de s’attendre à ce qu’un fournisseur de services communique des messages textes à un destinataire non visé ou qu’il les mette à la disposition du monde entier.

[45] La présente espèce s’apparente aux affaires *Spencer* et *TELUS* en ce sens que la décision de M. Jones d’envoyer des messages textes à M. Waldron a nécessairement laissé des traces sous forme de fragments numériques chez Telus. Toutefois, tout comme dans *Spencer* et *TELUS*, cette situation n’a pas pour effet d’empêcher M. Jones de s’attendre raisonnablement à ce que le fournisseur de services protège le caractère privé de ses Messages textes. À l’instar du fournisseur de services en cause dans *Spencer*, le fournisseur de services concerné en l’espèce est assujéti aux dispositions de la *LPRPDE*, lesquelles limitent strictement sa capacité de communiquer des renseignements (voir, p. ex., les art. 3 et 7, ainsi que le par. 5(3) de la *LPRPDE*). Comme le démontre l’arrêt *Spencer*, ces restrictions s’appliquent, peu importe que la cible de la fouille soit ou non un abonné du fournisseur de services concerné. En l’espèce, tout comme dans les affaires *Spencer* et *TELUS*, la seule façon qu’avait l’intéressé de conserver, vis-à-vis du fournisseur de services, un contrôle sur l’objet de la fouille, était de s’abstenir complètement d’utiliser ses services. Il ne s’agit évidemment pas là d’un véritable choix. Mettre l’accent sur la renonciation par M. Jones à exercer un contrôle direct sur le fournisseur de services est par conséquent difficilement conciliable

those messages. This result comports with contemporary social norms and a purposive approach to s. 8. It also comports with the purpose of *PIPEDA*, and the approaches adopted by this Court in *Spencer* and *TELUS*.

[46] The next question is whether that expectation is rendered unreasonable in the appellant's case because he had no confidentiality agreement with Telus and the Production Order and attendant seizure targeted a Telus account in the name of a third party. As the Ontario Crown concedes, that the Text Messages were sent from a phone registered to Mr. Jones' spouse does not detract from his reasonable expectation of privacy.

(b) *The Absence of a Confidentiality Agreement Does Not Defeat Mr. Jones' Standing Claim*

[47] The application judge's finding that "[t]here is nothing to suggest that Telus was contractually bound to keep any of the records confidential" militated against the appellant's s. 8 standing (para. 31). I agree that this factor operates against the appellant. But in my view, it does so only to a limited extent. When considered in light of the totality of the circumstances, it does not defeat the appellant's claim for standing.

[48] This Court's decisions indicate that because s. 8 "sets out normative limitations on state power . . . its scope cannot . . . be (entirely) dictated

avec une interprétation téléologique de l'art. 8. Les Canadiens n'ont pas à vivre en reclus du monde numérique afin de pouvoir conserver un semblant de vie privée. En conséquence, je conclus que l'expéditeur d'un message texte conserve une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des copies des messages textes conservées dans l'infrastructure du fournisseur de services, malgré le fait qu'il ait renoncé à exercer un contrôle direct sur ces messages. Cette conclusion s'accorde avec les normes sociales actuelles, ainsi qu'avec une interprétation téléologique de l'art. 8. Elle se concilie également avec l'objet de la *LPRPDE* et avec la démarche retenue par notre Cour dans les arrêts *Spencer* et *TELUS*.

[46] La prochaine question qu'il faut trancher consiste à se demander si cette attente devient déraisonnable en ce qui concerne l'appelant, du fait que ce dernier n'avait pas signé d'entente de confidentialité avec Telus et que l'Ordonnance de communication et la saisie en découlant visaient un compte Telus enregistré au nom d'un tiers. Comme le concède la Couronne de l'Ontario, le fait que les Messages textes aient été envoyés à partir d'un téléphone enregistré au nom de la conjointe de M. Jones ne diminue pas l'attente raisonnable de ce dernier au respect de sa vie privée.

b) *L'absence d'entente de confidentialité ne fait pas échec à la prétention de M. Jones selon laquelle il a qualité pour agir*

[47] La conclusion de la juge saisie de la demande suivant laquelle [TRADUCTION] « [r]ien ne tend à indiquer que Telus était contractuellement tenue de protéger la confidentialité de quelque document que ce soit » militait contre la reconnaissance à l'appelant de la qualité requise pour invoquer l'art. 8 (par. 31). Je reconnais que ce facteur joue contre l'appelant, mais à mon avis seulement jusqu'à un certain point. Lorsqu'on le considère au regard de l'ensemble des circonstances, ce facteur ne fait pas échec à la prétention de l'appelant selon laquelle il a qualité pour agir.

[48] Il ressort de la jurisprudence de notre Cour que, comme l'art. 8 [TRADUCTION] « assortit les pouvoirs de l'État de limitations normatives [. . .],

by exogenous norms like statute or contract” (S. Penney, “The Digitization of Section 8 of the Charter: Reform or Revolution?” (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 505, at p. 519).

[49] In *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211, Deschamps J. reasoned for the plurality that “the fact that the person claiming an expectation of privacy in information ought to have known that the terms governing the relationship with the holder of that information allowed disclosure may not be determinative” (para. 34). She also warned that when dealing with contracts of adhesion, in particular, it was necessary to “proceed with caution” when determining the impact they may have on one’s reasonable expectation of privacy (para. 33). In *Spencer*, Cromwell J. held for a unanimous Court that Mr. Spencer had a reasonable expectation of privacy in the subscriber information notwithstanding that his sister was the subscriber, and hence party to the contract with the service provider (see paras. 7, 12 and 57). Further, he held that to the extent the contract contemplated dissemination of the subscriber information, it provided “little assistance in evaluating the reasonableness of Mr. Spencer’s expectation of privacy” (para. 55).

[50] Therefore, in both *Gomboc* and *Spencer*, the presence of agreements permitting dissemination of the subject matter of the search could not singularly defeat the claimants’ reasonable expectations of privacy.

[51] It follows *a fortiori* that the absence of any such agreement here does not defeat Mr. Jones’ reasonable expectation of privacy.

sa portée ne saurait [. . .] être (entièrement) définie par des normes exogènes telles des dispositions législatives ou contractuelles » (S. Penney, « The Digitization of Section 8 of the Charter : Reform or Revolution? » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 505, p. 519).

[49] Dans l’arrêt *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211, la juge Deschamps a expliqué, au nom d’une pluralité de juges, que « le fait que la personne qui revendique une attente quant au respect du caractère privé de certains renseignements aurait dû savoir que les dispositions régissant ses rapports avec le détenteur de ces renseignements en permettraient la communication n’est pas nécessairement déterminant » (par. 34). La juge Deschamps a également fait la mise en garde suivante, à savoir que, particulièrement dans le cas des contrats d’adhésion, « la prudence est [. . .] de mise » lorsqu’il s’agit de déterminer les conséquences de dispositions de ce genre sur la reconnaissance d’une attente raisonnable au respect de la vie privée (par. 33). Rédigeant l’arrêt unanime de la Cour dans l’arrêt *Spencer*, le juge Cromwell a conclu que M. Spencer avait une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l’égard des renseignements relatifs à l’abonné, malgré le fait que l’abonnée était sa sœur et que, en conséquence, c’était elle qui était partie au contrat avec le fournisseur de services (voir par. 7, 12 et 57). Le juge Cromwell a également conclu que, dans la mesure où le contrat envisageait la possibilité de communiquer des renseignements relatifs à l’abonné, les dispositions applicables n’étaient « guère utiles pour évaluer le caractère raisonnable de l’attente de M. Spencer au respect de sa vie privée » (par. 55).

[50] Par conséquent, tant dans l’affaire *Gomboc* que dans l’affaire *Spencer*, la présence d’ententes permettant la communication de l’objet de la fouille ou de la perquisition ne pouvait à elle seule écarter l’attente raisonnable des demandeurs au respect de leur vie privée.

[51] *A fortiori*, il s’ensuit que l’absence de pareille entente en l’espèce ne saurait écarter l’attente raisonnable de M. Jones au respect de sa vie privée.

(c) *That the Production Order Targeted a Third Party's Account Does Not Render Mr. Jones' Expectation of Privacy Unreasonable*

[52] The respondent Crown for Ontario argues that the fact that the Production Order targeted a third party's cellphone account rather than Mr. Jones' works against his claim for standing. In my view, it does not. As explained above, a sender of a text message has a reasonable expectation of privacy in that message when it is in the hands of a telecommunications intermediary. In this case, it makes no difference whether the message was accessed through an authorization to peer into the recipient's account or the sender's account. In either case, the Text Messages are in the hands and control of the service provider.

[53] The Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. Shayesteh* (1996), 31 O.R. (3d) 161, speaks to this point. In that case, Charron J.A. (as she then was) rejected the Crown's argument that a person who was not targeted by a Part VI authorization had no standing to challenge the authorization. Instead, she held that the applicant's standing was grounded in the fact that his "own telephone calls were intercepted as a result of the targeting" of a third party (p. 173). This was sufficient to "give him standing to dispute the legality" of the impugned interceptions (p. 174).

[54] In the circumstances of this case, the analogy to *Shayesteh* is apt. While the Production Order targeted a third party, it was the appellant's own text message communications that were seized from Telus. As in *Shayesteh*, then, the fact that the authorization targeted a third party, but not Mr. Jones, does not militate against his reasonable expectation of privacy. Holding otherwise would ignore that, pursuant to *PIPEDA*, service providers at large may be expected to maintain privacy over individuals'

c) *Le fait que l'Ordonnance de communication ciblait le compte d'un tiers ne rend pas déraisonnable l'attente de M. Jones au respect de sa vie privée*

[52] La Couronne ontarienne intimée plaide que le fait que l'Ordonnance de communication ciblait un compte de téléphone cellulaire appartenant à un tiers plutôt qu'à M. Jones milite contre la reconnaissance à ce dernier de la qualité pour agir. À mon avis, ce n'est pas le cas. Comme je l'ai expliqué précédemment, l'expéditeur d'un message texte a une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement à ce message lorsqu'il se trouve entre les mains d'un service de télécommunication agissant comme intermédiaire. En l'espèce, le fait que l'accès au message ait été obtenu au moyen d'une autorisation permettant de scruter le compte du destinataire ou celui de l'expéditeur ne change rien à la situation. Dans un cas comme dans l'autre, les Messages textes sont en la possession du fournisseur de services et à sa disposition.

[53] L'arrêt *R. c. Shayesteh* (1996), 31 O.R. (3d) 161, rendu par la Cour d'appel de l'Ontario, porte sur cette question. Dans cette affaire, la juge Charron (plus tard juge de notre Cour) a rejeté l'argument de la Couronne suivant lequel une personne qui n'était pas ciblée par une autorisation visée à la partie VI n'avait pas qualité pour contester cette autorisation. Elle a plutôt conclu que la qualité pour agir du demandeur en cause reposait sur le fait que [TRADUCTION] « ses appels téléphoniques personnels avaient été interceptés par suite d'une autorisation ciblant » un tiers (p. 173). Ce fait était suffisant pour « lui conférer la qualité requise pour attaquer la légalité » des interceptions contestées (p. 174).

[54] Eu égard aux circonstances de l'espèce, l'analogie avec l'affaire *Shayesteh* est appropriée. Même si l'Ordonnance de communication visait un tiers, ce sont les propres messages textes de l'appellant qui ont été saisis chez Telus. En conséquence, tout comme dans *Shayesteh*, le fait que l'autorisation visait un tiers et non M. Jones ne milite pas contre l'attente raisonnable de ce dernier au respect de sa vie privée. Conclure différemment reviendrait à faire abstraction du fait que, sous le régime de la

information, regardless of whether law enforcement targets one disinterested provider over the other.

[55] As a result, I conclude that on the totality of the circumstances, Mr. Jones has a reasonable expectation of privacy in the impugned Text Messages. He accordingly has standing to challenge the validity of the Production Order.

B. *Reasonableness of the Search: Can Historical Text Messages Lawfully Be Seized by Means of a Production Order Under Section 487.014?*

[56] The question remaining is whether, at the second stage of the s. 8 framework, the search and seizure of records of historical text messages pursuant to a production order under what is now s. 487.014 of the *Code* was reasonable. The application judge and the Court of Appeal held that it was. The appellant's argument to the contrary is two-pronged. First, he argues that the courts below erred because the seizure of text messages from the service provider's infrastructure is an "intercept" within the meaning of Part VI of the *Code*. Second, he says that even if the police technique in this case was not, strictly speaking, an "intercept", it was functionally equivalent to one. On either view, it would follow that a Part VI "wiretap" authorization was required to permit the seizure of the Text Messages stored in Telus' infrastructure.

[57] A search "will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable" (*Collins*, at p. 278). Here, the search

*LPRPDE*, il est permis de s'attendre à ce que les fournisseurs de services en général protègent le caractère privé des renseignements relatifs à une personne, indépendamment de la question de savoir si les forces de l'ordre visent un fournisseur de services désintéressé plutôt qu'un autre.

[55] Par conséquent, je conclus que, au regard de l'ensemble des circonstances, M. Jones a une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement aux Messages textes en cause et qu'il a de ce fait qualité pour contester la validité de l'Ordonnance de communication.

B. *Caractère non abusif de la fouille : Des messages textes existants peuvent-ils être légalement saisis au moyen d'une ordonnance de communication fondée sur l'art. 487.014?*

[56] La question qui reste à trancher consiste à décider, à la seconde étape du cadre d'analyse de l'art. 8, si la fouille et la saisie des relevés contenant les messages textes existants exécutées en vertu de l'Ordonnance de communication fondée sur la disposition correspondant à l'art. 487.014 actuel du *Code* étaient abusives ou non. Tant la juge saisie de la demande que la Cour d'appel ont conclu que la fouille et la saisie n'étaient pas abusives. La prétention contraire de l'appelant comporte deux volets. Premièrement, il soutient que les juridictions inférieures ont commis une erreur, parce que les messages textes saisis dans l'infrastructure du fournisseur de services ont été « interceptés » au sens de la partie VI du *Code*. Deuxièmement, il affirme que, même si la technique employée par les policiers en l'espèce n'a pas, à strictement parler, consisté à « intercepter » les messages, il s'est agi fonctionnellement d'une mesure équivalente. Dans un cas comme dans l'autre, il s'ensuit selon lui qu'une autorisation de « mise sur écoute électronique » délivrée en vertu de la partie VI était nécessaire afin de pouvoir saisir les Messages textes conservés dans l'infrastructure de Telus.

[57] Une fouille « ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive » (*Collins*, p. 278). En l'espèce, la

was authorized under s. 487.012 of the *Code* (now s. 487.014) — but the issue is whether this was a proper source of authority for the search in question. Since the parties agree that text messages are private communications protected by Part VI, the question of statutory interpretation this Court must resolve is whether the word “intercept” in s. 183 of the *Code* encompasses the production or seizure of historical text messages held by a service provider. To be clear, the term “historical text messages” denotes text messages that have been sent and received (or are no longer capable of reception), not text messages that are in the *transmission process*. It is only historical text messages — and not those in the transmission process — that are at issue in this appeal.

[58] As the trial judge and the Court of Appeal recognized, *TELUS* did not answer the question at hand. Writing for the plurality, Abella J. limited herself to the issue of whether a Part VI authorization was required for the “*prospective* production of future text messages” (para. 15 (emphasis in original)). Similarly, Moldaver J.’s opinion that the police technique in *TELUS* was substantively equivalent to an intercept was based on the fact it “*prospectively* authorize[d] police access to *future* private communications on a *continual* basis over a sustained period of time” (para. 61 (emphasis in original)). In dissent, Cromwell J. went further and addressed the question at issue here; i.e., whether police could obtain stored text messages by means of a production order (para. 116).

[59] In my view, when the relevant words in ss. 184 and 184(1) are read in “their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously” with Part VI’s scheme and undergirding purpose, they do not support the appellant’s interpretation (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. A. Driedger, *Construction of*

fouille était autorisée sous le régime de l’art. 487.012 (maintenant l’art. 487.014) du *Code*, mais il faut décider si cette disposition constituait la source appropriée pour valider la fouille en question. Étant donné que les parties s’accordent pour dire que les messages textes sont des communications privées protégées par la partie VI, la question d’interprétation législative que doit trancher notre Cour est celle de savoir si le mot « intercepter » à l’art. 183 du *Code* couvre la communication ou la saisie de messages textes existants en possession d’un fournisseur de services. Il convient de préciser que le terme « messages textes existants » s’entend de messages textes qui ont été expédiés et reçus (ou qui ne peuvent plus être reçus), et non pas de messages *en cours de transmission*. Seuls sont en litige dans le présent pourvoi des messages textes existants — et non des messages en cours de transmission.

[58] Comme l’ont reconnu la juge du procès et la Cour d’appel, l’arrêt *TELUS* n’a pas répondu à la question qui se pose en l’espèce. S’exprimant au nom d’une pluralité de juges, la juge Abella a limité son examen à la question de savoir si une autorisation prévue à la partie VI était requise à l’égard de « la communication *prospective* de futurs messages textes » (par. 15 (en italique dans l’original)). De même, l’opinion du juge Moldaver suivant laquelle la technique utilisée par les policiers dans l’affaire *TELUS* équivalait sur le plan du fond à une interception était basée sur le fait qu’elle « permet[tait] *prospectivement* à la police d’accéder à des communications privées  *futures*  de façon *continue* pendant une période prolongée » (par. 61 (en italique dans l’original)). Dans ses motifs dissidents, le juge Cromwell a poussé l’examen et s’est penché sur la question en litige dans le présent pourvoi, c’est-à-dire celle de savoir si des policiers pouvaient, au moyen d’une ordonnance de communication, obtenir des messages textes conservés (par. 116).

[59] À mon avis, il ressort de la lecture des termes pertinents de l’art. 184 et du par. 184(1), considérés « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise » avec la structure et l’objectif sous-jacent de la partie VI, que ces termes n’appuient pas l’interprétation proposée par l’appelant (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*,



*Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). Nor, in my view, is the police technique in this case an interception within the meaning of s. 184(1) that would require a Part VI authorization. I therefore conclude that police may lawfully obtain the contents of historical text messages by means of a production order under s. 487.014 of the *Code*.

#### (1) Purpose of Part VI

[60] I turn first to the purpose of Part VI of the *Criminal Code*. Part VI of the *Code* protects individuals' private communications from interception and surveillance by the state. In *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, La Forest J. cast its purpose as follows:

The rationale for regulating the power of the state to record communications that their originator expects will not be intercepted by anyone other than the person intended by the originator to receive it . . . has nothing to do with protecting individuals from the threat that their interlocutors will divulge communications that are meant to be private. . . . Rather, the regulation of electronic surveillance protects us from a risk of a different order, i.e., not the risk that someone will repeat our words but the much more insidious danger inherent in allowing the state, in its unfettered discretion, to record and transmit our words.

The reason for this protection is the realization that if the state were free, at its sole discretion, to make permanent electronic recordings of our private communications, there would be no meaningful residuum to our right to live our lives free from surveillance. The very efficacy of electronic surveillance is such that it has the potential, if left unregulated, to annihilate any expectation that our communications will remain private. [Emphasis added; pp. 43-44.]

Two important observations follow from this passage. The first is that there is distinction between disclosure of information and the interception of private communications through electronic surveillance. The second is that, as La Forest J. explained, Part VI is particularly concerned with regulating the use of intrusive investigation technologies and their impact on citizens' privacy, not the protection of private communications at large. As explained below,

[1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87). Je ne considère pas non plus que la technique policière utilisée en l'espèce constitue une interception visée au par. 184(1) qui exigerait une autorisation fondée sur la partie VI. Je conclus donc que les policiers peuvent légalement obtenir le contenu de messages textes existants au moyen d'une ordonnance de communication prévue à l'art. 487.014 du *Code*.

#### (1) L'objet de la partie VI

[60] Je vais d'abord examiner l'objet de la partie VI du *Code criminel*. Cette partie protège les communications privées des particuliers contre les activités de surveillance et d'interception de l'État. Dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, le juge La Forest a défini ainsi l'objet de la partie VI :

La raison d'être de la réglementation du pouvoir de l'État d'enregistrer des communications dont l'auteur s'attend à ce qu'elles ne soient entendues que par leur destinataire [. . .] n'a rien à voir avec la protection de particuliers contre la menace que leurs interlocuteurs divulguent des communications censément privées. [. . .] La réglementation de la surveillance électronique nous protège plutôt contre un risque différent : non plus le risque que quelqu'un répète nos propos, mais le danger bien plus insidieux qu'il y a à permettre que l'État, à son entière discrétion, enregistre et transmette nos propos.

Cette protection s'explique par la conscience du fait que, si l'État était libre de faire, à son entière discrétion, des enregistrements électroniques permanents de nos communications privées, il ne nous resterait rien qui vaille de notre droit de vivre libre de toute surveillance. La surveillance électronique est à ce point efficace qu'elle rend possible, en l'absence de réglementation, l'anéantissement de tout espoir que nos communications restent privées. [Je souligne; p. 43-44.]

Deux observations importantes découlent des passages précités. En premier lieu, il convient de distinguer entre, d'une part, la divulgation de renseignements et, d'autre part, l'interception de communications privées par voie de surveillance électronique. En second lieu, comme l'a expliqué le juge La Forest, la partie VI vise particulièrement à régir l'utilisation de techniques d'enquête envahissantes et l'incidence de celles-ci sur la vie privée des

both of these aspects of Part VI's purpose should be borne in mind in resolving the issue at hand.

(2) The Structure of Part VI and the Distinction Between Interception and Disclosure

[61] As the Court of Appeal recognized, Part VI's structure reflects the distinction between interception and disclosure. Sections 184 to 192 offer protection against the interception of private communications. Section 193 prohibits the disclosure of information obtained through intercepted communications. This dual structure reflects Parliament's purpose because it created distinct offences for interception and disclosure.

[62] The first of these offences, set out in s. 184 of the *Code*, prohibits the interception of private communications by the use of certain devices unless one of the legislated exemptions in s. 184(2) applies. Under s. 182(2)(e), telecommunication service providers like Telus are exempted from the interception offence if they intercept communications for service delivery reasons. Section 184(3) then specifically addresses the *use* or *retention* of previously intercepted communications. It provides that:

**Use or retention**

(3) A private communication intercepted by a person referred to in paragraph (2)(e) can be used or retained only if

(a) it is essential to identify, isolate or prevent harm to the computer system; or

(b) it is to be disclosed in circumstances referred to in subsection 193(2).

[63] What is significant is that this section of the scheme clearly distinguishes “between *interception* on the one hand and *use* or *retention* of the intercepted communications on the other” (*TELUS*, at

citoyens, et non à encadrer la protection des communications privées au sens large. Ainsi que je vais l'expliquer, il convient de garder à l'esprit ces deux aspects de l'objet de la partie VI afin de trancher la question en litige.

(2) La structure de la partie VI et la distinction entre interception et divulgation

[61] Comme l'a reconnu la Cour d'appel, la structure de la partie VI reflète la distinction qui existe entre l'interception et la divulgation. Les articles 184 à 192 établissent des mesures de protection contre l'interception des communications privées. L'article 193 prohibe la divulgation de renseignements obtenus au moyen des communications interceptées. Cette dualité structurale traduit l'objectif visé par le législateur, en ce que ce dernier a créé des infractions distinctes pour l'acte d'interception et l'acte de divulgation.

[62] La première de ces infractions, énoncée à l'art. 184 du *Code*, interdit l'interception des communications privées au moyen de certains dispositifs, sauf si l'une des exceptions légales prévues au par. 184(2) s'applique. Suivant l'al. 182(2)e), les fournisseurs de services de télécommunication comme Telus jouissent d'une immunité à l'égard de l'infraction d'interception s'ils interceptent des communications dans le cadre de la fourniture de leurs services. Le paragraphe 184(3) traite expressément de l'*utilisation* ou *conservation* de communications déjà interceptées. Voici le texte de cette disposition :

**Utilisation ou conservation**

(3) La communication privée interceptée par la personne visée à l'alinéa (2) e) ne peut être utilisée ou conservée que si, selon le cas :

a) elle est essentielle pour détecter, isoler ou empêcher des activités dommageables pour l'ordinateur;

b) elle sera divulguée dans un cas visé au paragraphe 193(2).

[63] L'élément important est le fait que cette disposition du régime distingue nettement « l'*interception* de la communication, d'une part, de l'*utilisation* ou de la *conservation* de la communication interceptée,

para. 143, per Cromwell J. (emphasis in original)). “This suggests that Parliament viewed those acts as different and distinct” (*ibid.*, at para. 144).

[64] Section 193 is concerned with disclosure:

#### Disclosure of information

**193 (1)** Where a private communication has been intercepted by means of an electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device without the consent, express or implied, of the originator thereof or of the person intended by the originator thereof to receive it, every one who, without the express consent of the originator thereof or of the person intended by the originator thereof to receive it, wilfully

(a) uses or discloses the private communication or any part thereof or the substance, meaning or purport thereof or of any part thereof, or

(b) discloses the existence thereof,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

[65] Section 193 makes it an offence to *disclose* a private communication that *has been intercepted*, subject to the exceptions in s. 193(2). Under these exceptions, disclosure is not an offence where, *inter alia*, the disclosure of a previously intercepted communication is made “in the course of or for the purpose of any criminal investigation if the private communication was lawfully intercepted” (s. 193(2)(b)), or when disclosure is made to a police officer and is “intended to be in the interests of the administration of justice in Canada” (s. 193(2)(e)).

[66] In this case, there is no question that Telus initially intercepted the communications between Mr. Jones and Mr. Waldron, presumably pursuant to an exception under s. 184(2) of the *Code*. However, in light of the statutory scheme’s explicit distinction between *interception*, *use and retention*, and *disclosure*, it is clear that Telus’ subsequent storing and provision of the communications to the law

d’autre part » (*TELUS*, par. 143, le juge Cromwell (en italique dans l’original)), « ce qui indique que le législateur y voyait des actes différents et distincts » (*ibid.*, par. 144).

[64] L’article 193 porte sur la divulgation :

#### Divulgence de renseignements

**193 (1)** Lorsqu’une communication privée a été interceptée au moyen d’un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre sans le consentement, exprès ou tacite, de son auteur ou de la personne à laquelle son auteur la destinait, quiconque, selon le cas :

a) utilise ou divulgue volontairement tout ou partie de cette communication privée, ou la substance, le sens ou l’objet de tout ou partie de celle-ci;

b) en divulgue volontairement l’existence,

sans le consentement exprès de son auteur ou de la personne à laquelle son auteur la destinait, est coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de deux ans.

[65] Aux termes de l’art. 193, constitue une infraction le fait pour quiconque de *divulguer* une communication privée qui *a été interceptée*, sous réserve des exceptions prévues au par. 193(2). Suivant ces exceptions, la divulgation ne constitue pas une infraction lorsque, par exemple, la divulgation d’une communication déjà interceptée survient « au cours ou aux fins d’une enquête en matière pénale, si la communication privée a été interceptée légalement » (al. 193(2)(b)), ou lorsque la divulgation est faite à un agent de la paix et « vise à servir l’administration de la justice au Canada » (al. 193(2)(e)).

[66] Dans le cas qui nous occupe, il ne fait aucun doute que les communications échangées entre MM. Jones et Waldron ont initialement été interceptées par Telus en vertu, vraisemblablement, d’une des exceptions prévues au par. 184(2) du *Code*. Toutefois, compte tenu de la distinction explicite que le régime législatif établit entre l’*interception*, l’*utilisation* et la *conservation* d’une part, ainsi que la

enforcement did not constitute additional *interceptions*. Rather, to use the language in Part VI, Telus *retained* the intercepted communications under s. 184(3) and then *disclosed* them to the police as contemplated by s. 193(2). The appellant's tendered interpretation is difficult to reconcile with these distinctions made within Part VI.

(3) The Plain Meaning of “Intercept” and Its Surrounding Context

[67] The appellant's tendered interpretation widens further when the word “intercept” is given its plain meaning and read in light of its surrounding context. The crucial context here lies in s. 184(1) and the definition of intercept in s. 183.

[68] Section 184(1) provides that:

(1) Every one who, by means of any electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device, wilfully intercepts a private communication is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

Intercept is defined in s. 183 as follows:

*intercept* includes listen to, record or acquire a communication or acquire the substance, meaning or purport thereof;

[69] Based on its plain meaning, interception suggests a prospective concept of authorization relating to communications not yet in existence. The word “intercept” denotes an interference between the sender and recipient in the course of the communication process (see *R. v. Belcourt*, 2015 BCCA 126, 322 C.C.C. (3d) 93, at paras. 45-46; *R. v. McQueen* (1975), 25 C.C.C. (2d) 262 (Alta. S.C. (App. Div.)), at p. 265; *R. v. Giles*, 2007 BCSC 1147, at para. 37 (CanLII)). As explained in *TELUS*, the “word ‘intercept’ implies that the private communication is acquired in the course of the communication

*divulgence* d'autre part, il est évident que la conservation des télécommunications par Telus et leur divulgation ultérieure par cette dernière aux policiers n'ont pas constitué des *interceptions* additionnelles. Suivant les termes utilisés à la partie VI, Telus a plutôt *conservé* les communications interceptées en vertu du par. 184(3), puis les a ensuite *divulguées* aux policiers comme le prévoit le par. 193(2). Il est difficile de concilier l'interprétation proposée par l'appelant avec les distinctions que fait le législateur à la partie VI.

(3) Le sens courant du mot « intercepter » et son contexte

[67] L'interprétation proposée par l'appelant s'étiole encore davantage lorsqu'on donne au mot « intercepter » son sens courant et qu'on l'interprète à la lumière de son contexte. En l'espèce, les éléments cruciaux du contexte se trouvent au par. 184(1) et dans la définition d'« intercepter » à l'art. 183.

[68] Le paragraphe 184(1) prévoit ce qui suit :

(1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte volontairement une communication privée.

Le mot « intercepter » est défini ainsi à l'art. 183 :

*intercepter* S'entend notamment du fait d'écouter, d'enregistrer ou de prendre volontairement connaissance d'une communication ou de sa substance, son sens ou son objet.

[69] Selon son sens courant, la notion d'interception suggère l'idée d'une autorisation prospective visant des communications qui n'existent pas encore. Le verbe « intercepter » évoque une interposition entre l'expéditeur et le destinataire dans le cours du processus de communication (voir *R. c. Belcourt*, 2015 BCCA 126, 322 C.C.C. (3d) 93, par. 45-46; *R. c. McQueen* (1975), 25 C.C.C. (2d) 262 (C.S. Alb. (Div. app.)), p. 265; *R. c. Giles*, 2007 BCSC 1147, par. 37 (CanLII)). Comme il a été expliqué dans *TELUS*, le « mot “intercepter” implique que la prise de connaissance de la communication

process” (para. 37). It follows that in order for a Part VI authorization to permit a real-time intercept of the communication, it must be granted in advance of that communication. That is, it must be *prospective*. As the Court of Appeal for Ontario recently observed, “[t]he words sought for capture do not exist when the [Part VI] authorization is granted. They may never exist or disclose anything of relevance to any offence under investigation” (*R. v. Beauchamp*, 2015 ONCA 260, 326 C.C.C. (3d) 280, at para. 93).

[70] While the definition of “intercept” in s. 183 of the *Code* may read broadly because it features the word “acquire”, a comparison with the French version of the provision reinforces the conclusion that Part VI authorizations relate only to future communications. As the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions points out, the French version diverges from the English by employing the words “prendre . . . connaissance” in lieu of “acquire”. This is contrasted with numerous other sections of the *Code* where Parliament translated the English “acquire” to the French “obtenir” or “acquérir” (see, e.g., ss. 164.2(1)(b)(ii), 164.3(4)(b), 462.34(6)(a)(ii), 462.41(3)(b), 462.42(1)(b), 490.4(3) and 490.5(1)(c)). The distinct translation here suggests a different meaning than in those other contexts.

[71] Further, the word “acquire” in s. 183 must be read alongside the words surrounding it. As Justice Cromwell observed in *TELUS*:

. . . “acquire” must be understood in the context of the text surrounding it; it is found in a list that includes “listen to” and “record”, both activities that occur simultaneously with the communication being intercepted. It

privée se fait au cours du processus de transmission » (par. 37). Il s’ensuit que, pour qu’une autorisation visée à la partie VI permette l’interception d’une communication en temps réel, elle doit avoir été accordée préalablement à cette communication. Autrement dit, elle doit avoir un effet *prospectif*. Comme l’a récemment fait observer la Cour d’appel de l’Ontario, [TRADUCTION] « [I]es propos que l’on souhaite saisir n’existent pas encore lorsque l’autorisation [visée à la partie VI] est accordée. Il est possible qu’ils ne se matérialisent jamais ou qu’ils ne révèlent rien de pertinent en ce qui concerne l’infraction faisant l’objet de l’enquête » (*R. c. Beauchamp*, 2015 ONCA 260, 326 C.C.C. (3d) 280, par. 93).

[70] Bien que la définition du mot « intercepter » à l’art. 183 du *Code* puisse se prêter à une interprétation large vu la présence du mot « acquire » dans la version anglaise, la comparaison des versions anglaise et française de la définition renforce la conclusion que l’autorisation visée à la partie VI ne vise que des communications futures. Comme le souligne un des intervenants, le directeur des poursuites criminelles et pénales, le texte français diverge du texte anglais du fait qu’on y utilise le terme « prendre [. . .] connaissance » comme équivalent du mot anglais « acquire ». Cette formulation contraste avec celle de nombreux autres articles du *Code* où le législateur a fait correspondre au terme anglais « acquire » les mots « obtenir » ou « acquérir », selon le cas, en français (voir, p. ex., le sous-al. 164.2(1)(b)(ii), l’al. 164.3(4)(b), le sous-al. 462.34(6)(a)(ii), les par. 462.41(3), 462.42(1) et 490.4(3) et l’al. 490.5(1)(c)). Le terme distinct utilisé à l’art. 183 tend à indiquer un sens différent de celui exprimé dans ces autres contextes.

[71] De plus, le mot « acquire » utilisé dans la version anglaise de l’art. 183 doit être interprété en corrélation avec les mots qui l’entourent. Comme l’a fait remarquer le juge Cromwell dans l’arrêt *TELUS* :

. . . le sens des mots « prendre volontairement connaissance » doit être interprété en fonction du contexte où ils s’insèrent; ils font partie d’une énumération comprenant « écouter » et « enregistrer », deux actions se produisant

is also used to explain the word “intercept” and I think it is clear that there are many ways to acquire the content of a communication that could not be thought of as an interception. [para. 155]

[72] Finally, the definition of intercept in s. 183 must be understood in the context of s. 184, which is at the heart of Part VI and makes it an offence to intercept communications “by means of any electromagnetic, acoustic, mechanical or other device”. For example, past practice has been that where police obtain a Part VI authorization to intercept future text messages, “Telus installs a device which automatically re-routes a copy of each text message to a police wire room or listening post” (*TELUS*, at para. 122). This clarifies that interception relates to actions by which a third party interjects itself into the communication process in real-time through technological means.

[73] This understanding of “intercept” coheres with Part VI’s overall purpose. Recall that the policy motivating Part VI was a concern with the use of intrusive surveillance technologies and their impact on citizens’ privacy (*Duarte*, at pp. 43-44). State surveillance may be continuous over a prolonged period of time and gives the police real-time access to information they would otherwise have to wait for, putting them in a better position to “conduct physical surveillance and gather physical evidence that might not be available later” (I.F. (Attorney General of British Columbia), at para. 31).

[74] Added to these concerns is the fear that when equipped with sophisticated surveillance technologies, the state may be tempted to embark on forward-looking, “fishing expedition[s] in the hope of uncovering evidence of crime” (R.

en même temps que l’interception de la communication. Ils servent aussi à expliquer le mot « intercepter », et il est clair, je pense, que beaucoup de façons de prendre volontairement connaissance du contenu d’une communication ne peuvent être considérées comme une interception. [par. 155]

[72] Enfin, la définition du mot intercepter à l’art. 183 doit être interprétée en fonction du contexte de l’art. 184, disposition qui est au cœur de la partie VI et qui érige en infraction le fait d’intercepter des communications « au moyen d’un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre ». Par exemple, suivant la pratique suivie jusqu’ici, lorsque les policiers obtiennent en vertu de la partie VI une autorisation leur permettant d’intercepter des messages textes futurs, « Telus installe un dispositif qui achemine automatiquement une copie de chaque message texte à la salle ou au poste d’écoute de la police » (*TELUS*, par. 122). Ces clarifications permettent de comprendre que l’interception correspond aux actes accomplis par un tiers qui s’interpose en temps réel dans le processus de communication en recourant à des moyens technologiques.

[73] Cette façon de comprendre le mot « intercepter » s’accorde avec l’objectif général de la partie VI. Il convient de rappeler que l’adoption de la partie VI était motivée par les inquiétudes que soulevaient l’utilisation de moyens technologiques de surveillance envahissants ainsi que l’incidence de ceux-ci sur la vie privée des citoyens (*Duarte*, p. 43-44). Les mesures de surveillance utilisées par l’État peuvent se dérouler de façon continue pendant de longues périodes. En outre, elles permettent aux policiers d’avoir accès en temps réel à des renseignements à l’égard desquels ils auraient autrement à attendre, ce qui les place dans une meilleure situation pour [TRADUCTION] « exercer une surveillance physique et recueillir des éléments de preuve matériels qui pourraient ne plus exister ultérieurement » (m.i. (procureur général de la Colombie-Britannique), par. 31).

[74] Outre ces inquiétudes, mentionnons la crainte que, muni de moyens technologiques avancés de surveillance, l’État soit tenté de se livrer à des [TRADUCTION] « recherche[s] à l’aveuglette [prospectives] dans l’espoir de découvrir des indices d’un

v. *Finlay* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (Ont. C.A.), at p. 70; see also *Belcourt*, at para. 47). It is that potential temptation which requires us to be “alert to the fact that modern methods of electronic surveillance have the potential, if uncontrolled, to annihilate privacy” (*Wong*, at p. 47). The constitutionality of the interception scheme accordingly stems from the heightened safeguards Part VI imposes in light of the dangers created by prospective authorizations (*Belcourt*, at para. 47; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, at para. 29). As a result of these safeguards, “[a]n application for a conventional authorization to intercept private communications is” — in the words of one commentator — “the most exacting pre-trial investigative proceeding known to our criminal law” (S. C. Hutchison et al., *Search and Seizure Law in Canada* (loose-leaf), vol. 1, at p. 4-37 (footnote omitted)). Based on the statutory scheme, the disclosure of previously stored records does not trigger these concerns, and is accordingly not subject to these safeguards.

(4) The Police Technique Engaged in This Case Is Not an Interception

[75] Unlike the police technique in *TELUS*, the technique in this case does not bear the hallmarks of an interception. In *TELUS*, the police sought a *prospective* order securing the recording and preservation of *future* messages, along with their automatic and continuous disclosure to police each day for a two-week period (para. 42). This made the investigative technique “substantively equivalent to an intercept” (para. 52 (emphasis deleted)). The police in *TELUS* effectively deputized the service provider by requiring it to provide them with daily and comprehensive briefings of the targeted parties’ communications.

[76] In contrast, the Production Order in this case, dated February 12, 2010, sought text messaging information and records relating to a prior

crime » (*R. c. Finlay* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (C.A. Ont.), p. 70; voir également *Belcourt*, par. 47). C’est cette tentation potentielle qui nous oblige à « rester conscient[s] du fait que les moyens modernes de surveillance électronique, s’ils ne sont pas contrôlés, sont susceptibles de supprimer toute vie privée » (*Wong*, p. 47). La constitutionnalité du régime d’interception résulte en conséquence des garanties accrues dont la partie VI impose le respect pour tenir compte des dangers que créent les autorisations prospectives (*Belcourt*, par. 47; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 29). En raison de ces garanties, [TRADUCTION] « [u]ne demande visant à obtenir une autorisation traditionnelle d’interception de communications privées est » — pour reprendre la formule d’un commentateur — « la procédure d’enquête préalable au procès la plus exigeante qui existe dans notre droit criminel » (S. C. Hutchison et autres, *Search and Seizure Law in Canada* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 4-37 (note en bas de page omise)). Compte tenu du régime établi par la loi, la divulgation de relevés déjà conservés ne suscite pas de telles inquiétudes et n’est donc pas assujettie au respect de ces garanties.

(4) La technique policière utilisée en l’espèce ne constitue pas une interception

[75] Contrairement à la technique policière en cause dans l’affaire *TELUS*, celle employée en l’espèce ne présente pas les caractéristiques d’une interception. Dans *TELUS*, les policiers avaient sollicité une ordonnance *prospective* afin d’obtenir l’enregistrement et la conservation de messages *futurs*, en plus de leur divulgation systématique et continue sur une base quotidienne pendant une période de deux semaines (par. 42). Cette caractéristique rendait la technique d’enquête « équivalente, sur le plan du fond, à une interception » (par. 52 (italique omis)). Les policiers avaient, dans cette affaire, concrètement fait du fournisseur de services leur adjoint en exigeant de celui-ci qu’il leur transmette chaque jour un compte rendu détaillé des communications échangées entre les parties ciblées.

[76] Par comparaison, dans le cas qui nous occupe, l’Ordonnance de communication datée du 12 février 2010 visait des messages textes et de l’information

period beginning January 5, 2010 and ending February 12, 2010. Although the Order requests text messages sent or received on the date of the authorization itself, there is no evidence to the effect that some of the texts produced by Telus were in the transmission process on February 12, 2010 at the time the Order was made. In the absence of such evidence, and in light of the fact that Telus was given 30 days to comply with the Order, it would be speculative to infer that the Order operated *prospectively* so as to catch *future* text messages. Nor is there any evidence that the messages were stored and retained as part of Telus' communicative process. Nor still is there evidence that Telus stored the messages at the request of the police or for law enforcement purposes. Finally, subsequent to the Production Order, when the police sought to intercept *future* communications between Mr. Jones and Mr. Waldron, they properly requested and obtained two Part VI authorizations dated November 12, 2010 and January 12, 2011, respectively.

[77] In short, the state action in this case respected Part VI's distinction between the interception of communications in ss. 184 to 192 and the disclosure of previously intercepted and stored communications as contemplated by s. 193. Based on the evidence, it also respected the requirement in *TELUS* that a Part VI authorization be obtained for text messages that are still in the transmission process. Law enforcement cannot receive authorization to effectively intercept future communications through the "backdoor" of the general search and seizure regime in s. 487 of the *Code*. But law enforcement could — and did, in this case — lawfully obtain records of historical text messages by means of a Production Order under s. 487.012 of the *Code* (as they can still do now under s. 487.014).

s'y rapportant pour la période du 5 janvier 2010 au 12 février 2010 inclusivement. Quoique l'Ordonnance requière la production des messages textes envoyés ou reçus le jour même de sa délivrance, il n'y a aucune preuve indiquant que certains des messages textes produits par Telus se trouvaient dans le processus de transmission le 12 février 2010, au moment où l'Ordonnance a été rendue. En l'absence de preuve à cet effet, et compte tenu du fait que Telus s'est vu accorder 30 jours pour se conformer à l'Ordonnance, inférer que celle-ci avait un effet *prospectif* et permettait ainsi la saisie de messages textes *futurs* relèverait de la conjecture. Il n'existe pas non plus de preuve que les messages étaient conservés par Telus dans le cadre du processus de communication. Et il n'y a en outre aucun élément de preuve indiquant que Telus avait conservé les messages à la demande des policiers ou aux fins d'application de la loi. Enfin, postérieurement à la délivrance de l'Ordonnance de communication, lorsque les policiers ont souhaité intercepter les communications  *futures*  entre MM. Jones et Waldron, ils ont, comme ils se devaient de le faire, demandé et obtenu en vertu de la partie VI deux autorisations datées respectivement du 12 novembre 2010 et du 12 janvier 2011.

[77] En résumé, les mesures prises par l'État en l'espèce respectaient la distinction établie à la partie VI entre l'interception des communications aux art. 184 à 192, et la divulgation de communications déjà interceptées et conservées qui est envisagée à l'art. 193. À la lumière de la preuve, ces mesures respectaient également l'exigence établie dans l'arrêt *TELUS* et suivant laquelle une autorisation fondée sur la partie VI doit être obtenue à l'égard de messages qui se trouvent toujours dans le processus de transmission. Les personnes chargées de l'application de la loi ne peuvent se voir accorder, par le « moyen détourné » que constituerait le régime général prévu à l'art. 487 du *Code* en matière de fouilles, perquisitions et saisies, l'autorisation d'intercepter concrètement des communications futures. Elles pouvaient toutefois — et ce fut le cas en l'espèce — obtenir légalement des copies de messages textes existants au moyen d'une ordonnance de communication fondée sur l'art. 487.012 du *Code* (comme elles peuvent encore le faire en vertu maintenant de l'art. 487.014).



[78] I am mindful of the fact that text messages are inherently private and in many ways akin to conversations. However, the need for a Part VI authorization does not vary with the level of privacy engaged by a state search. For example, as Justice Fish observed in *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253, it is “difficult to imagine a search more intrusive, extensive, or invasive of one’s privacy than the search and seizure of a personal computer” (para. 2). And indeed, like phones or service providers, computers may contain stored records of digital conversations. Yet this Court has always held that seizures of computers may be authorized under the general regime in s. 487 of the *Code* (*R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *Cole*; *Morelli*). As the Court of Appeal recognized, whether or not a Part VI authorization is required “comes down to the specific investigative technique used by the police, and whether that technique constitutes an interception of private communications” (para. 32).

[79] It follows that in considering whether or not to grant a production order under s. 487.014(1), the judicial officer seized of the application should reject it where the technique constitutes an interception under s. 184(1). This is evident from the interplay between the wiretap provisions in Part VI and the production order requirements of s. 487.014. With respect to the wiretap provisions, s. 184(2) creates an exemption from the general prohibition in s. 184(1). This provision exempts, in relevant part, interceptions obtained “with an authorization” (s. 184(2)(b)). “Authorization” is a defined term: it “means an authorization . . . given under section 186 or subsection 184.2(3), 184.3(6) or 188(2)” (s. 183). A production order issued under s. 487.014 is *not* an “authorization” for the purposes of Part VI — thus, a production order would not make an interception lawful. With respect to the requirements for a production order, s. 487.014(1) provides that on an “*ex parte*

[78] Je suis consciente du fait que les messages textes ont un caractère intrinsèquement privé et qu’ils sont sous de nombreux rapports assimilables à des conversations. Toutefois, la nécessité d’obtenir une autorisation en vertu de la partie VI ne varie pas en fonction du degré d’atteinte au droit à la vie privée qu’implique la fouille ou perquisition envisagée par l’État. Par exemple, comme l’a fait observer le juge Fish dans *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253, il est « difficile d’imaginer une perquisition, une fouille et une saisie plus envahissantes, d’une plus grande ampleur ou plus attentatoires à la vie privée que celles d’un ordinateur personnel » (par. 2). D’ailleurs, les ordinateurs — tout comme les téléphones et les serveurs et autres dispositifs des fournisseurs de services — peuvent contenir des copies de conversations numériques. Malgré cela, notre Cour a toujours jugé que la saisie d’un ordinateur peut être autorisée en vertu du régime général prévu à l’art. 487 du *Code* (*R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657; *Cole*; *Morelli*). Ainsi que l’a reconnu la Cour d’appel, la question de savoir si l’obtention d’une autorisation visée à la partie VI est nécessaire [TRADUCTION] « dépend en définitive de la technique d’enquête particulière utilisée par les policiers et de la question de savoir si cette technique constitue une interception de communications privées » (par. 32).

[79] Il s’ensuit que le juge ou juge de paix saisi d’une demande d’ordonnance de communication fondée sur le par. 487.014(1) devrait la rejeter lorsque la technique employée constitue une interception visée au par. 184(1). C’est ce qui ressort de l’interaction entre les dispositions sur l’écoute électronique de la partie VI et les exigences relatives à l’ordonnance de communication de l’art. 487.014. En ce qui a trait aux dispositions sur l’écoute électronique, le par. 184(2) énonce une exception à l’interdiction générale prévue au par. 184(1). Selon cette disposition, les interceptions obtenues « en conformité avec une autorisation » (al. 184(2)(b)) ne sont pas assujetties à cette interdiction. Le terme « autorisation » est défini ainsi à l’art. 183 : « Autorisation d’intercepter une communication privée donnée en vertu de l’article 186 ou des paragraphes 184.2(3), 184.3(6) ou 188(2). » Une ordonnance de communication rendue conformément à l’art. 487.014 n’est

application made by a peace officer or public officer, a justice or judge may order a person to produce a document”. The *Code* therefore confers a discretion on the justice or judge to be exercised in accordance with the conditions set out in s. 487.014(2). In exercising this discretion, the judicial officer should consider whether or not the technique sought to be authorized under the auspices of s. 487.014 is an intercept within the meaning of s. 184(1). Where it is, a production order should be denied because the interception would nevertheless be unlawful absent a Part VI authorization.

[80] Production orders must therefore be carefully circumscribed to ensure that authorized police techniques comply with s. 184(1). A production order must not authorize, or potentially authorize, the production of any text messages that are either not yet in existence or are still capable of delivery at the time the order is issued. This should be clear from the face of the order. Where the technique at issue is an intercept within the meaning of s. 184(1), then the application is properly rejected and a Part VI authorization must be obtained. A production order should not be used to sidestep the more stringent Part VI authorization requirements.

[81] In this case, however, a Part VI authorization was unnecessary because the police did not seek an order authorizing the *prospective* production of *future* text messages. Nor is there any evidence before this Court that the Production Order resulted in the production of text messages that were still in the transmission process. Accordingly, the search and seizure of Mr. Jones’ text messages were properly authorized by the production order provision

*pas* une « autorisation » pour l’application de la partie VI — par conséquent, une telle ordonnance ne rendrait pas l’interception légale. Pour ce qui est des exigences relatives à l’ordonnance de communication, le par. 487.014(1) précise que « le juge de paix ou le juge peut, sur demande *ex parte* présentée par un agent de la paix ou un fonctionnaire public, ordonner à toute personne de communiquer un document ». Le *Code* confère donc aux juges et juges de paix un pouvoir discrétionnaire qu’ils doivent exercer conformément aux conditions énumérées au par. 487.014(2). Dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire, ils doivent se demander si la technique faisant l’objet de la demande d’autorisation présentée en vertu de l’art. 487.014 constitue une interception visée au par. 184(1). Dans l’affirmative, l’ordonnance de communication sollicitée devrait être refusée, car l’interception demeurerait illégale en l’absence d’une autorisation fondée sur la partie VI.

[80] Les ordonnances de communication doivent en conséquence être soigneusement circonscrites afin de garantir que les techniques policières autorisées respectent le par. 184(1). Une ordonnance de communication ne doit pas autoriser concrètement, ni potentiellement, la communication de tout message texte qui n’existe pas encore ou dont la transmission est encore possible au moment où l’ordonnance est délivrée. Cela devrait ressortir clairement du texte même de l’ordonnance. Lorsque la technique en cause constitue une interception visée au par. 184(1), la demande doit à juste titre être rejetée et une autorisation visée à la partie VI doit être obtenue. Une ordonnance de communication ne devrait pas être utilisée pour éluder les exigences plus sévères qui s’appliquent à l’égard des autorisations fondées sur la partie VI.

[81] Toutefois, dans le cas qui nous occupe, il n’était pas nécessaire d’obtenir l’autorisation prévue à la partie VI, étant donné que les policiers ne sollicitaient pas une ordonnance les autorisant à obtenir la communication *prospective* de messages textes *futurs*. Il n’a pas non plus été présenté à la Cour d’éléments de preuve montrant que l’Ordonnance de communication avait entraîné la communication de messages textes qui se trouvaient encore dans le

in s. 487.012 of the *Code* (now s. 487.014), and did not breach Mr. Jones' s. 8 *Charter* right.

### III. Conclusion

[82] For these reasons, I would dismiss the appeal and uphold the validity of the Production Order.

The following are the reasons delivered by

[83] ROWE J. — I agree with Justice Côté that, as a matter of statutory interpretation, a production order pursuant to s. 487.014 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (pursuant to s. 487.012 in this case), authorizes the police to request the disclosure of text messages from a service provider once those messages have been sent and received. Conversely, a Part VI authorization is required to intercept those messages as they are being transmitted. My comments that follow are *obiter dicta*; they address an issue not dealt with in the judgment, nor raised in argument.

[84] An example is useful. At 8:00 a.m., police obtain an authorization pursuant to Part VI to intercept text messages as they are sent from A to B. Text messages sent from A to B at 9:00 a.m. are intercepted pursuant to this authorization. Alternatively, police at 10:00 a.m. obtain a production order pursuant to s. 487.014 for text messages sent by A to B at 9:00 a.m. In both instances, the police obtain the same information — the text messages sent at 9:00 a.m. The police, however, must meet markedly different requirements depending on which method they choose, with those under Part VI being far more stringent than those under s. 487.014. This seems to me to be highly anomalous.

processus de transmission. Par conséquent, la fouille et la saisie des messages textes de M. Jones ont été régulièrement autorisées en vertu des dispositions relatives aux ordonnances de communication prévues à l'art. 487.012 du *Code* (maintenant l'art. 487.014), et ces mesures n'ont pas porté atteinte aux droits garantis à M. Jones par l'art. 8 de la *Charte*.

### III. Dispositif

[82] Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi et je confirmerais la validité de l'Ordonnance de communication.

Version française des motifs rendus par

[83] LE JUGE ROWE — Je suis d'accord avec la juge Côté pour dire que, suivant les règles d'interprétation des lois, l'ordonnance de communication prévue à l'art. 487.014 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (l'art. 487.012 en l'espèce), autorise les policiers à demander à un fournisseur de services de divulguer des messages textes après que ceux-ci ont été envoyés et reçus. En revanche, une autorisation fondée sur la partie VI est requise pour intercepter ces messages pendant leur transmission. Les commentaires qui suivent constituent des remarques incidentes; ils portent sur une question qui n'est pas examinée dans les motifs du jugement, et qui n'a pas non plus été soulevée lors des débats.

[84] Il est utile de donner un exemple. À 8 h, les policiers obtiennent, en vertu de la partie VI, l'autorisation d'intercepter des messages textes au fur et à mesure qu'ils sont envoyés de A à B. Des messages textes envoyés de A à B à 9 h sont interceptés par les policiers en vertu de cette autorisation. Suivant un autre scénario, les policiers obtiennent, à 10 h, une ordonnance de communication prévue à l'art. 487.014 à l'égard des messages textes envoyés de A à B à 9 h. Dans les deux cas, les policiers obtiennent les mêmes renseignements, soit les messages textes envoyés à 9 h. Cependant, ils doivent respecter des exigences nettement différentes selon la méthode qu'ils choisissent d'utiliser, les exigences de la partie VI étant beaucoup plus rigoureuses que celles de l'art. 487.014. Cette situation m'apparaît très anormale.

[85] Are the requirements for a production order under s. 487.014 sufficient to give proper effect to the protection against unreasonable search or seizure under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? Justice Côté writes that “[a] production order should not be used to sidestep the more stringent Part VI authorization requirements” (para. 80). Given that the records of text messages are stored by Telus the moment they are sent, however, it makes little difference whether the police “intercept” them or simply obtain them through a production order immediately after they are sent. It appears, in other words, that the police can *in effect* sidestep the requirements of Part VI by obtaining a production order immediately after the messages are sent.

[86] This sidestepping is only possible because Telus retains records of its customers’ text messages. When a Telus customer sends a text message, that message can be obtained via a production order *only* because Telus, as part of its transmission process, keeps a record of all messages sent by their customers. As other major service providers do not at present keep records of their customers’ messages, the police would have to obtain a Part VI authorization if they wanted to obtain text messages from Bell or Rogers, for example.

[87] I express no settled view on whether these anomalies reflect the failure of s. 487.014 to meet the requirements imposed by s. 8 of the *Charter*. In the result, I concur with Justice Côté.

The following are the reasons delivered by

[88] ABELLA J. (dissenting) — The police obtained copies of historical text messages through a Production Order pursuant to s. 487.012 of the

[85] Est-ce que les exigences relatives à l’ordonnance de communication prévue à l’art. 487.014 sont suffisantes pour que la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garantie par l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* produise l’effet voulu? La juge Côté écrit, au par. 80, qu’« [u]ne ordonnance de communication ne devrait pas être utilisée pour éluder les exigences plus sévères qui s’appliquent à l’égard des autorisations fondées sur la partie VI ». Cependant, comme Telus conserve des copies des messages textes dès qu’ils sont envoyés, il importe peu que les policiers les « interceptent » ou les obtiennent tout simplement au moyen d’une ordonnance de communication immédiatement après leur envoi. En d’autres mots, il semble que les policiers peuvent *effectivement* éluder les exigences de la partie VI en obtenant une ordonnance de communication immédiatement après l’envoi des messages.

[86] Cette façon de faire est possible uniquement parce que Telus conserve des copies des messages textes de ses clients. Lorsqu’un client de Telus envoie un message texte, ce message peut être obtenu au moyen d’une ordonnance de communication *uniquement* parce que, dans le cadre de son processus de transmission, Telus conserve des copies de tous les messages envoyés par ses clients. Comme les autres grands fournisseurs de services ne conservent pas pour l’instant de copies des messages de leurs clients, les policiers seraient tenus d’obtenir une autorisation fondée sur la partie VI s’ils souhaitaient se procurer des messages textes auprès de Bell ou de Rogers par exemple.

[87] Je n’exprime pas d’opinion définitive sur la question de savoir si ces anomalies indiquent que l’art. 487.014 ne respecte pas les exigences de l’art. 8 de la *Charte*. En dernière analyse, je souscris aux motifs exposés par la juge Côté.

Version française des motifs rendus par

[88] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Les policiers ont obtenu des copies de messages textes existants grâce à une ordonnance de communication

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.<sup>3</sup> Tristin Jones sent these messages to the Telus cellphone account associated with his co-accused. These messages formed the basis of Mr. Jones' conviction for offering to transfer a firearm.

[89] As in the companion case of *R. v. Marakah*, [2017] 2 S.C.R. 608, the first issue is whether the sender of a text message has a reasonable expectation of privacy in copies of his or her sent text messages, and, as a result, standing under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 8 states:

Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

[90] I agree with Justice Côté that Mr. Jones had a reasonable expectation of privacy in his sent text messages and, as a result, had standing under s. 8 to challenge the Production Order.

[91] Having recognized that Mr. Jones has standing and that s. 8 is engaged, the next question is whether the search and seizure in this case was reasonable. That, in turn, depends on whether the search and seizure was authorized by law, that is, was it open to the police to obtain copies of historical text messages from a service provider pursuant to a Production Order or was a Part VI authorization required.

[92] Mr. Jones argued that obtaining historical text messages through a service provider constitutes an interception of a private communication for which a Part VI authorization is required. The Crown's argument was that "interception" in Part VI does not apply to the police requesting third party production

fondée sur l'art. 487.012 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46<sup>3</sup>. Tristin Jones avait envoyé les messages en question au compte de téléphone cellulaire Telus associé à son coaccusé. Ces messages ont constitué le fondement de la déclaration de culpabilité prononcée contre M. Jones relativement à l'infraction d'avoir offert de céder une arme à feu.

[89] Tout comme dans le pourvoi connexe *R. c. Marakah*, [2017] R.C.S. 608, la première question consiste à décider si la personne qui envoie des messages textes possède une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des copies des messages textes qu'elle a envoyés et si, par conséquent, elle a qualité pour invoquer l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, lequel est rédigé ainsi :

Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

[90] Je souscris à l'opinion de la juge Côté selon laquelle M. Jones possédait une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des messages textes qu'il a envoyés et, par conséquent, avait qualité pour contester l'ordonnance de communication en vertu de l'art. 8.

[91] Après avoir reconnu que M. Jones a qualité pour agir et que l'art. 8 s'applique, la question suivante consiste à se demander si la fouille et la saisie étaient raisonnables en l'espèce. La réponse à cette question dépend de la réponse à la question de savoir si la fouille et la saisie étaient autorisées par la loi, c'est-à-dire s'il était possible pour les policiers d'obtenir des copies des messages textes existants auprès d'un fournisseur de services conformément à une ordonnance de communication, ou s'ils devaient obtenir une autorisation sous le régime de la partie VI.

[92] M. Jones a soutenu que le fait d'obtenir des messages textes existants par l'intermédiaire d'un fournisseur de services constitue une interception de communications privées requérant la délivrance d'une autorisation prévue à la partie VI. La Couronne a plaidé que l'« interception » visée à la

<sup>3</sup> Now s. 487.014 of the *Criminal Code*.

<sup>3</sup> Maintenant l'art. 487.014 du *Code criminel*.

of historical text messages because the concept of “interception” is prospective and involves the state interjecting itself into the communication process as it happens. Since the timing and technique of the investigative process and not the content of the information intercepted are what is relevant, the Crown maintained that a Production Order was sufficient to obtain copies of Mr. Jones’ messages.

[93] I agree with Mr. Jones and would allow the appeal. Historical text messages, like all text messages, are a “private communication” as defined in s. 183, found in Part VI of the *Criminal Code*. In my respectful view, the level of privacy protection afforded to private communications should be informed by the purposes underlying Part VI of the *Criminal Code* and based on the character of the communication, and not on the timing of the state’s request for authorization or on technological differences between service providers. By prioritizing a temporal distinction to determine the level of privacy protection for text messages, Telus customers are left with less protection than those using other service providers who do not store copies of text messages simply because Telus stores copies of text messages that pass through its infrastructure. This means that the privacy rights of those who text depend on which service provider they use rather than the fact that they are texting as a means of privately communicating.

[94] At the same time, emphasizing the *historical* nature of a text message exchange distorts the fact that that exchange remains a conversation, albeit one that takes place electronically and is assigned a specific timestamp. The timing of the state’s

partie VI ne s’applique pas aux situations où les policiers sollicitent la production par un tiers de messages textes existants, étant donné que le concept d’« interception » a un caractère prospectif et implique que l’État s’interpose dans le processus de communication pendant qu’il se déroule. Comme ce sont la nature de la technique d’enquête utilisée et le moment où elle est mise en œuvre qui sont pertinents, et non le contenu des renseignements interceptés, la Couronne a fait valoir qu’une ordonnance de communication était suffisante pour obtenir des copies des messages de M. Jones.

[93] Je souscris à la position de M. Jones et j’accueillerais le pourvoi. Un message texte existant, comme tout autre message texte, constitue une « communication privée » suivant la définition donnée à ce terme à l’art. 183, disposition qui se trouve dans la partie VI du *Code criminel*. Avec égards, le degré de protection accordée aux communications privées sur le plan du respect de la vie privée devrait reposer sur les objectifs qui sous-tendent la partie VI du *Code criminel* ainsi que sur la nature de la communication, et non sur le moment où l’État présente sa demande d’autorisation ou sur des différences d’ordre technologique existant entre les fournisseurs de services. Si on privilégie une distinction d’ordre temporel pour déterminer le degré de protection de la vie privée applicable à l’égard des messages textes, les clients de Telus se trouvent alors à bénéficier d’une protection inférieure à celle dont jouissent les clients faisant appel à d’autres fournisseurs de services qui ne conservent pas de copies des messages textes, et ce, tout simplement parce que Telus stocke des copies des messages textes qui passent par son infrastructure. Cela signifie que le droit des auteurs de messages textes au respect de leur vie privée dépend de l’identité de leur fournisseur de services, plutôt que du fait qu’ils utilisent les messages textes comme moyen de communiquer privéement.

[94] En même temps, l’accent mis sur le caractère *existant* d’un échange de messages textes dénature le fait qu’un tel échange n’en demeure pas moins une conversation, bien que celle-ci se déroule électroniquement et qu’on lui assigne une marque

request for information should not distort the communicative dimension of a text message exchange.

### Analysis

[95] Production Orders were created to allow investigators to compel third parties who are not under investigation to produce data or documents that are relevant to the commission of an alleged offence (see J. A. Fontana and D. Keeshan, *The Law of Search and Seizure in Canada* (9th ed. 2015), at p. 494). A Production Order can only be obtained if the justice or judge is satisfied, in an *ex parte* application, that an offence has been or is suspected of having been committed under the *Criminal Code* or an Act of Parliament, that the documents or data would provide evidence respecting the commission of the offence, and that the person subject to the order has possession or control of the documents or data (s. 487.012(3)).<sup>4</sup>

[96] The Part VI authorization scheme (ss. 183 to 196), on the other hand, is in the section of the *Criminal Code* entitled “Invasion of Privacy”. Part VI covers three broad categories of intercepts. This case is about the requirement for a standard intercept without consent.

[97] Part VI sets out a comprehensive scheme for the interception of private communications (*R. v. TELUS Communications Co.*, [2013] 2 S.C.R. 3, at para. 2). It is now well established that state action in the context of search and seizure, including electronic surveillance, will engage s. 8 of the *Charter* if it affects a person’s reasonable expectation of privacy. As Prof. Hamish Stewart notes, “the search must be authorized by law, the law authorizing the search must be reasonable (*i.e.*, constitutionally valid), and the manner in which the search is conducted must be reasonable. A search that fails to meet any one of these three criteria is unreasonable and violates section 8” (“Normative Foundations

temporelle. Le moment où l’État présente sa demande d’information ne devrait pas dénaturer la dimension communicationnelle d’un échange de messages textes.

### Analyse

[95] Les ordonnances de communication ont été créées afin de permettre aux enquêteurs de contraindre des tiers ne faisant pas l’objet de l’enquête à produire des données ou documents pertinents à l’égard de la perpétration de l’infraction reprochée (voir J. A. Fontana et D. Keeshan, *The Law of Search and Seizure in Canada* (9<sup>e</sup> éd. 2015), p. 494). Le juge de paix ou le juge ne peut rendre une ordonnance de communication que s’il est convaincu, au terme d’une demande présentée *ex parte*, qu’une infraction au *Code criminel* ou à une autre loi fédérale a été ou est présumée avoir été commise, que les documents ou données fourniront une preuve touchant la perpétration de l’infraction et que les documents ou les données sont en la possession de la personne en cause ou à sa disposition (par. 487.012(3)).<sup>4</sup>

[96] Le régime d’autorisation de la partie VI (art. 183 à 196), en revanche, se trouve dans la partie du *Code criminel* intitulée « Atteintes à la vie privée ». La partie VI couvre trois grandes catégories d’interceptions. La présente affaire porte sur l’exigence relative à l’interception usuelle sans consentement.

[97] La partie VI instaure un régime complet en vue de l’interception de communications privées (*R. c. Société TELUS Communications*, [2013] 2 R.C.S. 3, par. 2). Il est maintenant bien établi que les actions de l’État en contexte de fouilles, perquisitions et saisies, y compris en matière de surveillance électronique, entraînent l’application de l’art. 8 de la *Charte* si elles ont une incidence sur l’attente raisonnable d’une personne au respect de sa vie privée. Comme l’a souligné le professeur Hamish Stewart, [TRADUCTION] « la fouille ou la perquisition doit être autorisée par la loi, la loi autorisant la fouille ou la perquisition ne doit pas être abusive (c.-à-d., elle doit être constitutionnellement valide) et la fouille

<sup>4</sup> Now s. 487.014(2) of the *Criminal Code*.

<sup>4</sup> Maintenant le par. 487.014(2) du *Code criminel*.

for Reasonable Expectations of Privacy” (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 335, at p. 335).

[98] Section 183 sets out the definitions applicable to Part VI of the *Criminal Code*. The relevant defined terms are:

**intercept** includes listen to, record or acquire a communication or acquire the substance, meaning or purport thereof;

. . .

**private communication** means any oral communication, or any telecommunication, that is made by an originator who is in Canada or is intended by the originator to be received by a person who is in Canada and that is made under circumstances in which it is reasonable for the originator to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator to receive it, and includes any radio-based telephone communication that is treated electronically or otherwise for the purpose of preventing intelligible reception by any person other than the person intended by the originator to receive it;

[99] The question in this appeal turns on the meaning of the term “intercept”, and on whether the seizure of stored copies of historical text messages from a service provider constitutes an “intercept” within the meaning of s. 183.

[100] Compared with the other search and seizure and warrant provisions in the *Criminal Code*, including the provision dealing with Production Orders, the provisions in Part VI establish more stringent requirements before authorization is granted. *TELUS* explained the purpose behind these more onerous requirements:

These safeguards illuminate Parliament’s intention that a higher degree of protection be available for private communications. Part VI has broad application

ou la perquisition ne doit pas être effectuée d’une manière abusive. Une fouille ou perquisition qui ne satisfait pas à l’un ou l’autre de ces critères est abusive et contrevient à l’article 8 » (« Normative Foundations for Reasonable Expectations of Privacy » (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 335, p. 335).

[98] L’article 183 énonce les définitions applicables à la partie VI du *Code criminel*. Les définitions pertinentes sont :

**communication privée** Communication orale ou télécommunication dont l’auteur se trouve au Canada, ou destinée par celui-ci à une personne qui s’y trouve, et qui est faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elle ne soit pas interceptée par un tiers. La présente définition vise également la communication radiotéléphonique traitée électroniquement ou autrement en vue d’empêcher sa réception en clair par une personne autre que celle à laquelle son auteur la destine.

. . .

**intercepter** S’entend notamment du fait d’écouter, d’enregistrer ou de prendre volontairement connaissance d’une communication ou de sa substance, son sens ou son objet.

[99] La question en litige dans le présent pourvoi dépend du sens du mot « intercepter » et de la question de savoir si la saisie auprès d’un fournisseur de services de copies de messages textes existants stockées par ce dernier constitue une « interception » visée à l’art. 183.

[100] Par comparaison aux conditions prévues par les autres dispositions du *Code criminel* relatives aux fouilles, perquisitions, saisies et mandats, y compris la disposition portant sur les ordonnances de communication, les dispositions de la partie VI établissent des exigences plus strictes pour l’octroi de l’autorisation. L’arrêt *TELUS* a exposé la raison d’être de ces exigences plus sévères :

Ces garanties font bien ressortir l’intention du législateur d’accorder une protection plus grande aux communications privées. La partie VI s’applique largement



to a number of technologies and includes more rigorous safeguards than other warrant provisions in the *Code*. [para. 31]

[101] *TELUS*, guided by this purpose, rejected a narrow definition of the term “intercept”. In determining whether Part VI authorization was required for the prospective, continuous, daily production of text messages from a service provider, the plurality in *TELUS* rejected a restrictive approach:

The issue then is how to define “intercept” in Part VI. The interpretation should be informed not only by the purposes of Part VI, but also by the rights enshrined in s. 8 of the *Charter*, which in turn must remain aligned with technological developments. In *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, this Court found that “the broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 [of the *Charter*] is meant to keep pace with technological development, and, accordingly, to ensure that we are ever protected against unauthorized intrusions upon our privacy by the agents of the state, whatever technical form the means of invasion may take” (p. 44). . . .

A narrow definition is also inconsistent with the broad language and purpose of Part VI. The statutory definition of “intercept” in s. 183 includes three distinct parts — “listen to”, “record” or “acquire”. In French, the definition includes “*de prendre . . . connaissance*”. Rather than limit the definition of “intercept” to its narrow, technical definition, the statutory definition broadens the concept of interception. [Emphasis in original; paras. 33 and 35.]

[102] Notably, *TELUS* recognized that there is no requirement that the interception of a private communication be simultaneous or contemporaneous with the making of the communication:

There is no requirement in the *Code* definition of “intercept” that the interception of a private communication be simultaneous or contemporaneous with the making of the communication itself. If Parliament intended to include such a requirement, it would have included it in the definition of “intercept”. Instead, it chose to adopt

à divers moyens technologiques et prévoit des garanties plus strictes que d’autres dispositions du *Code* en matière de mandat. [par. 31]

[101] L’arrêt *TELUS*, sur la base de cette raison d’être, a rejeté une définition étroite du mot « intercepter ». Dans le cadre de leur examen visant à décider si une autorisation fondée sur la partie VI était nécessaire pour obtenir d’un fournisseur de services la communication prospective de messages textes, sur une base quotidienne continue, une pluralité de juges ont rejeté le recours à une approche restrictive :

La question consiste donc à interpréter le mot « intercepter » à la partie VI. L’interprétation de ce mot doit se fonder non seulement sur les objectifs de la partie VI, mais aussi sur les droits garantis par l’art. 8 de la *Charte*, lesquels doivent progresser au rythme de la technologie. Dans *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, la Cour a conclu que « le droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l’art. 8 [de la *Charte*] doit évoluer au rythme du progrès technologique et, par conséquent, nous assurer une protection constante contre les atteintes non autorisées à la vie privée par les agents de l’État, peu importe la forme technique que peuvent revêtir les divers moyens employés » (p. 44). . .

Une interprétation étroite est en outre incompatible avec l’objet de la partie VI et les termes généraux qui y sont utilisés. La définition française d’« intercepter » à l’art. 183 comporte trois aspects distincts : « écouter », « enregistrer » et « prendre [. . .] connaissance ». La définition législative élargit la notion d’« intercepter » au lieu de la limiter à son sens étroit et technique. [par. 33 et 35]

[102] En particulier, l’arrêt *TELUS* a reconnu que rien n’exige que l’interception d’une communication privée s’effectue simultanément à la communication elle-même ou sensiblement au même moment :

La définition de ce mot dans le *Code* n’exige aucunement que l’interception d’une communication privée s’effectue simultanément à la communication elle-même ou sensiblement au même moment. Si le législateur avait voulu établir une telle exigence, il l’aurait fait dans la définition d’« intercepter ». Il a plutôt choisi d’adopter

a wider definition, consistent with Part VI's purpose to offer broad protection for private communications from unauthorized interference by the state.

The interpretation of "intercept a private communication" must, therefore, focus on the acquisition of informational content and the individual's expectation of privacy at the time the communication was made. In my view, to the extent that there may be any temporal element inherent in the technical meaning of intercept, it should not trump Parliament's intention in Part VI to protect an individual's right to privacy in his or her communications.

The use of the word "intercept" implies that the private communication is acquired in the course of the communication process. In my view, the process encompasses all activities of the service provider which are required for, or incidental to, the provision of the communications service. Acquiring the substance of a private communication from a computer maintained by a telecommunications service provider would, as a result, be included in that process. [paras. 35-37]

[103] Moldaver J. too, in *TELUS*, concluded that the test under s. 487.01(1)(c) "must consider the investigative technique that the police seek to utilize with an eye to its actual substance and not merely its formal trappings" (para. 77). While not prepared to find that the investigative technique used by the police was in fact an "intercept", he found that it was "substantively equivalent" to an intercept and therefore required Part VI authorization (para. 77).

[104] As in *TELUS*, where the issue was whether Part VI authorization was required for prospective text messages, a technical approach to defining "intercept" should be rejected even when dealing, as we are in this case, with the stored copies of historical text messages. Requiring that the interception of a private communication be simultaneous or contemporaneous with the making of a communication itself overlooks the content and character of

une définition plus générale, conforme à l'objet de la partie VI, qui consiste à accorder une protection étendue aux communications privées contre les ingérences non autorisées de l'État.

Il faut par conséquent interpréter les mots « intercepter une communication privée » en s'attachant à la prise de connaissance du contenu informationnel de la communication et aux attentes qu'avaient les interlocuteurs en matière de respect de la vie privée au moment de cette communication. À mon avis, dans la mesure où le sens formaliste du mot « intercepter » pourrait comporter intrinsèquement un aspect temporel, cela ne devrait pas faire obstacle à l'intention du législateur de protéger, dans l'application de la partie VI, le droit des gens au respect de leur vie privée en matière de communications.

L'emploi du mot « intercepter » implique que la prise de connaissance de la communication privée se fait au cours du processus de transmission. À mon avis, ce processus englobe toutes les activités du fournisseur de services qui sont nécessaires ou accessoires à la fourniture du service de communication. La prise de connaissance de la substance d'une communication privée se trouvant dans un ordinateur exploité par un fournisseur de services de télécommunications ferait, en conséquence, partie de ce processus. [par. 35-37]

[103] Le juge Moldaver, dans *TELUS*, a lui aussi conclu que le critère applicable à l'égard de l'al. 487.01(1)c) « exige la prise en compte de la technique d'enquête que la police cherche à utiliser en fonction de son fond réel et non simplement de sa forme » (par. 77). Même s'il n'était pas disposé à conclure que la technique d'enquête utilisée par les policiers avait constitué en fait une « interception », il a jugé qu'elle correspondait, « sur le plan du fond », à une interception, et qu'elle nécessitait donc la délivrance d'une autorisation en vertu de la partie VI (par. 77).

[104] Tout comme dans *TELUS*, où la question en litige consistait à décider si une autorisation délivrée sous le régime de la partie VI était nécessaire pour obtenir la communication de futurs messages textes, il y a lieu de rejeter une approche technique afin de définir « intercepter » même dans les cas où il s'agit, comme en l'espèce, de copies stockées de messages textes existants. Le fait d'exiger que l'interception d'une communication privée s'effectue

text messaging while neutering Part VI's ability to protect the right to privacy in new, electronic and text-based technologies.

[105] The only difference between *TELUS*, dealing with prospective text messages, and this case, dealing with historical text messages, is the timing of the state's request for authorization. This was reinforced by the intervener Criminal Lawyers' Association of Ontario in its factum where it said that, "[t]echnologically speaking, [*TELUS*] and [Mr. Jones'] case are identical: a private communication is made, it is then stored on the company's computer, and then the state acquires it" (para. 16). If the term "intercept" in s. 183 is interpreted in the context of the broader Part VI scheme and the purpose that it is meant to serve, namely, to prevent the state acquisition of private communications without lawful authorization and to protect the privacy interests inherent in the content of private communications, then the Part VI protections should not fluctuate with the timing of the state's interception of a private communication. As noted in *TELUS*, interpreting the phrase "intercept[ion] [of] a private communication" must "focus on the acquisition of informational content and the individual's expectation of privacy at the time the communication was made" (para. 36).

[106] In other words, the focus must remain on the substance of what the state seeks to obtain. When the police obtain copies of text messages from a service provider, they are acquiring a complete record of all electronic conversations that took place during a given period. In both *TELUS* and this case, the informational content acquired by the state is the same: a complete record of all private communications in the given period. A singular focus on the *historical* dimension of the record should not detract from the content and character of

simultanément à la communication elle-même ou sensiblement au même moment ne tient pas compte du contenu et de la nature du message texte, en plus de neutraliser la capacité de la partie VI de protéger le droit au respect de la vie privée des personnes utilisant des nouveaux moyens technologiques de communication textuelle électronique.

[105] La seule différence entre l'affaire *TELUS*, qui concernait des messages textes futurs, et celle qui nous occupe, qui porte sur des messages textes existants, est le moment de la présentation de la demande d'autorisation par l'État. L'intervenante la Criminal Lawyers' Association of Ontario a insisté sur ce point dans son mémoire, affirmant ce qui suit : [TRADUCTION] « Sur le plan de la technologie, [*TELUS*] et l'affaire [de M. Jones] sont identiques : une communication privée a lieu, elle est stockée sur l'ordinateur de l'entreprise, puis l'État en prend connaissance » (par. 16). Si le mot « intercepter » à l'art. 183 est interprété dans le contexte général du régime de la partie VI et de l'objet que celui-ci est censé viser, c'est-à-dire prévenir la prise de connaissance par l'État de communications privées sans autorisation valable et protéger le droit intrinsèque au respect de la vie privée à l'égard du contenu de communications privées, alors les protections qu'offre la partie VI ne devraient pas fluctuer en fonction du moment où l'État intercepte une communication privée. Comme il a été souligné dans l'arrêt *TELUS*, il faut interpréter les mots « intercept[ion] [d']une communication privée » en « s'attachant à la prise de connaissance du contenu informationnel de la communication et aux attentes qu'avaient les interlocuteurs en matière de respect de la vie privée au moment de cette communication » (par. 36).

[106] Autrement dit, il faut continuer à mettre l'accent sur la substance de ce que l'État cherche à obtenir d'un fournisseur de services. Lorsque les policiers obtiennent d'un fournisseur de services des copies de messages textes, ils prennent connaissance d'un relevé complet de l'ensemble des conversations électroniques qui ont eu lieu au cours d'une période donnée. Tant dans *TELUS* qu'en l'espèce, le contenu informationnel dont prend connaissance l'État est le même : un relevé complet de l'ensemble des communications privées survenues au cours d'une

this record. It is a record of a conversation that took place between individuals, albeit in an electronic format, that has been assigned a specific timestamp. This record may capture electronic conversations between several people innocently participating in an electronic conversation with the targeted recipient, as well as electronic conversations involving multiple participants engaged in a group text. Clearly, by obtaining copies of historical text messages, the state is acquiring more than mere “documents” or “data”, as it does under a Production Order, it is obtaining records of “electronic conversations”:

Text messaging is, in essence, an electronic conversation. The only practical difference between text messaging and the traditional voice communications is the transmission process. [*TELUS*, at para. 5]

[107] Simpson J. outlined the breadth of information obtained when the state seeks copies of historical text messages from a service provider in *R. v. Hoelscher*, 2016 ABQB 44:

When the police obtain a search warrant for an actual cell phone of a sender or a recipient of a text message, the police only acquire what remains preserved of a communication on the cell phone. They might not acquire everything an individual has sent or received. In order to protect certain private communications from unwanted intrusions, a sender or recipient might delete the message, go a step further and electronically clear the information or go so far as to destroy the cell phone.

However, when police intercept text messages from a service provider, they acquire every message sent and received for the phone number, for a specific period of time. The owner of the cell phone has no control over the storage or disposition of the messages by the service provider.

période donnée. L’insistance particulière sur le fait que le relevé porte sur des messages textes *existants* ne devrait pas faire oublier le contenu et la nature de ce relevé. Il s’agit d’un relevé reproduisant le texte d’une conversation qui a eu lieu entre des personnes, même si elle a pris une forme électronique, et à laquelle on a assigné un repère temporel précis. Ce relevé pourrait comprendre des conversations électroniques entre plusieurs personnes qui participent innocemment à une conversation électronique avec le destinataire visé, ainsi que des conversations électroniques entre de multiples participants à un échange de messages textes au sein d’un groupe. Manifestement, en obtenant des copies des messages textes existants, l’État ne prend pas connaissance uniquement de simples « documents » ou « données », comme il le fait en vertu d’une ordonnance de communication, il obtient l’enregistrement de « conversations électroniques » :

La messagerie texte est, essentiellement, une conversation électronique. La seule distinction entre la messagerie texte et les communications orales traditionnelles réside dans le processus de transmission. [*TELUS*, par. 5]

[107] Dans *R. c. Hoelscher*, 2016 ABQB 44, le juge Simpson a expliqué l’ampleur des renseignements obtenus lorsque l’État cherche à obtenir d’un fournisseur de services des copies de messages textes existants :

[TRADUCTION] Lorsque les policiers obtiennent un mandat de perquisition visant le téléphone cellulaire lui-même de l’expéditeur ou du destinataire d’un message texte, ils prennent connaissance uniquement de ce qui reste de la communication dans le téléphone cellulaire. Ils ne seront peut-être pas en mesure de prendre connaissance de tous les messages que la personne concernée a envoyés ou reçus. Afin de protéger certaines communications privées contre les intrusions non désirées, l’expéditeur ou le destinataire peut supprimer le message, aller un peu plus loin et effacer électroniquement les données ou encore même aller jusqu’à détruire le téléphone cellulaire.

Cependant, lorsque les policiers interceptent des messages textes passant par un fournisseur de services, ils prennent connaissance de tous les messages envoyés à partir du numéro de téléphone et reçus à ce numéro pendant une période précise. Le propriétaire du téléphone cellulaire n’a aucun contrôle sur la conservation ou la destruction des messages par le fournisseur de services.

The acquisition of information from the service provider can therefore be distinguished from the acquisition of information from the sender's cell phone or the recipient's cell phone, as in those cases, the respective individuals have some control over the information present on the cell phone. This loss of control of a private communication in the hands of the service provider, and the serious level of intrusion justify the protections of Part VI. [paras. 113-15 (CanLII)]

[108] Emphasizing the historical nature of a text message subjects the privacy rights of text message participants to the technical differences between service providers. *TELUS* recognized that technological developments that allow the state to acquire copies of prospective text messages should not determine the scope of the protection afforded to those private communications. It seems to me difficult to make a different argument for historical messages. In other words, technological tools that allow the state to obtain copies of historical text messages from service providers should not determine the scope of protection afforded to them.

[109] The logical extension of all of this, in my respectful view, whether one finds that the technique used here to acquire copies of historical text messages was an intercept, or "substantively equivalent" to an intercept, is the following, as Burrows J. explained in *R. v. Croft*, 304 C.C.C. (3d) 279 (Alta. Q.B.):

. . . if one accepts that to prospectively authorize the acquisition of text messages anticipated to be recorded is to authorize the interception of private communications . . . to authorize the acquisition of text messages previously recorded in Telus' transmission infrastructure must also be to authorize the interception of private communications. [para. 47]

[110] Simpson J. made a similar point in *Hoelscher*:

La prise de connaissance de renseignements obtenus auprès du fournisseur de services se distingue donc de la prise de connaissance de renseignements à partir du téléphone cellulaire de l'expéditeur ou du destinataire, en ce que, dans le second cas, ces derniers exercent un certain contrôle sur les renseignements se trouvant dans le téléphone cellulaire. Cette perte de contrôle sur une communication privée en la possession du fournisseur de services et le degré d'intrusion considérable en cause justifient les mesures de protection prévues à la partie VI. [par. 113-115 (CanLII)]

[108] Le fait de mettre l'accent sur le caractère existant des messages textes visés fait dépendre le droit des participants à ces messages au respect de leur vie privée des différences techniques qui existent entre les fournisseurs de services. Dans *TELUS*, il a été jugé que l'existence de progrès technologiques qui permettent à l'État de prendre connaissance de copies de messages textes futurs ne devrait pas déterminer l'étendue de la protection accordée à ces communications privées. Il me semble difficile de formuler une conclusion différente pour les messages existants. En d'autres mots, les outils technologiques qui permettent à l'État d'obtenir des copies de messages textes existants auprès de fournisseurs de services ne devraient pas déterminer l'étendue de la protection accordée à ces messages.

[109] La conséquence logique de tout cela, que l'on arrive à la conclusion que la technique utilisée en l'espèce pour prendre connaissance des copies de messages textes existants constituait une interception, ou qu'elle était « équivalente sur le fond » à une interception, est la suivante, qu'a expliquée le juge Burrows dans *R. c. Croft*, 304 C.C.C. (3d) 279 (B.R. Alb.) :

[TRADUCTION] . . . si l'on accepte que le fait d'autoriser prospectivement la prise de connaissance de messages textes qui, prévoit-on, seront enregistrés consiste à autoriser l'interception de communications privées [. . .] le fait d'autoriser la prise de connaissance de messages textes déjà enregistrés dans l'infrastructure de Telus consiste également à autoriser l'interception de communications privées. [par. 47]

[110] Le juge Simpson a exprimé un point de vue semblable dans *Hoelscher* :

. . . it is important to remember that the acquisition by the police of text messages stored by a service provider, whether by way of a retrospective or prospective authorization, will never occur simultaneously or contemporaneously with the sending of the message. A retrospective authorization will of course always make for the acquisition of stored material. It cannot occur simultaneously with the sending of the text message. Similarly when the police, with a prospective authorization, exploit the storage system of Telus, then the information is always stored before the police acquire it.

[TRADUCTION] . . . il est important de se rappeler que la prise de connaissance par les policiers de messages textes stockés par un fournisseur de services — que ce soit au moyen d’une autorisation rétrospective ou prospective — ne s’effectue jamais simultanément à l’envoi du message ou sensiblement au même moment. Une autorisation rétrospective aboutit évidemment toujours à la prise de connaissance de documents stockés. La prise de connaissance ne peut avoir lieu simultanément à l’envoi du message texte. De la même façon, lorsque les policiers, au moyen d’une autorisation prospective, tirent profit du système de stockage de Telus, les renseignements sont toujours stockés avant que les policiers n’en prennent connaissance.

In this case, the police seek to acquire the content of a recorded telecommunications from the transmission service provider. It does not matter whether the police request the authorization one week before the text is sent, one minute before it is sent, or one week after it is sent, in all instances it is the acquisition of a private telecommunication from a service provider, and it is the content of those communications Part VI aims to protect. The acquisition of the content from the service provider is the interception, not the time which the police request the authorization. [paras. 100 and 103]

En l’espèce, les policiers demandent à prendre connaissance du contenu d’une télécommunication enregistrée par un fournisseur de services de transmission. Il importe peu qu’ils demandent l’autorisation une semaine ou une minute avant que le message texte soit envoyé ou une semaine après, il s’agit dans tous les cas de la prise de connaissance de télécommunications privées d’un fournisseur de services, et la partie VI vise à protéger le contenu de ces communications. La prise de connaissance du contenu demandé auprès du fournisseur de services constitue l’interception, celle-ci ne dépend pas du moment où la police demande l’autorisation. [par. 100 et 103]

[111] A text message cannot be sent without passing through a service provider. Increasing reliance on text messaging is resulting in “new and rather rich sources of evidentiary material for criminal investigators”, generating new privacy concerns (*R. v. Carty*, 2014 ONSC 212 (Boswell J.), at para. 9; see also para. 11 (CanLII)). The intervener British Columbia Civil Liberties Association aptly explained the implications of increasing reliance on texting in its factum: “Canadians are increasingly communicating by text messaging. . . . [M]uch of what was once available to the police only through a ‘wiretap’ (authorized under Part VI) is now available through the acquisition of text messages from a computer” (para. 3).

[111] Un message texte ne peut être envoyé sans passer par un fournisseur de services. L’utilisation sans cesse croissante par les gens des messages textes se traduit par [TRADUCTION] « de nouvelles sources particulièrement riches d’éléments de preuve pour les enquêteurs criminels », situation qui soulève de nouvelles préoccupations en matière de respect de la vie privée (*R. c. Carty*, 2014 ONSC 212 (le juge Boswell), par. 9; voir aussi le par. 11 (CanLII)). L’intervenante la British Columbia Civil Liberties Association a bien expliqué les conséquences du recours accru aux messages textes dans son mémoire : [TRADUCTION] « Les Canadiens communiquent de plus en plus par messages textes. [ . . . ] [B]ien des éléments que les policiers ne pouvaient jusque-là recueillir que par voie d’“écoute électronique” (mesure autorisée en vertu de la partie VI) peuvent maintenant être recueillis en prenant connaissance de messages textes se trouvant dans un ordinateur » (par. 3).

[112] Telus, it seems, is the only service provider to store copies of text messages for a period of time. As Moldaver J. noted in his reasons in *TELUS*, “[t]he fact that Telus stores its subscribers’ text messages in this manner is significant . . . because it creates an investigative resource for the authorities” (para. 59), an investigative resource that is not available through the other service providers who do not store copies of text messages.

[113] In this case, the police obtained several Production Orders pursuant to s. 487.012 of the *Criminal Code* directed at the service providers Bell, Rogers and Telus. Only Telus stored the content of incoming and outgoing text messages for a period of time after the messages were sent and received. No text messages were obtained from accounts held with the other service providers. Telus’ unique storage practices, rather than the underlying principles in Part VI, led to the production of copies of historical text messages from the targeted Telus account, and the loss of Mr. Jones’ privacy protections available under Part VI of the *Criminal Code*. Again, the applicability of Part VI should depend on the substance of what the investigative technique seeks to access, not on the timing of when access is sought, or on the vagaries of the service provider’s technological practices.

[114] Since no Part VI authorization was obtained, the acquisition of copies of Mr. Jones’ historical text messages through the Production Order was invalid and breached his rights under s. 8 of the *Charter*.

[115] The remaining issue is whether the improperly obtained evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* in accordance with this Court’s decision in *R. v. Grant*, [2009] 2 S.C.R. 353. In my respectful view, on balance, the admission of the historical text message evidence obtained pursuant to the Production Order would bring the administration of justice into disrepute.

[112] Telus, semble-t-il, est le seul fournisseur de services qui conserve des copies des messages textes pendant une certaine période. Comme l’a souligné le juge Moldaver dans les motifs qu’il a exposés dans l’arrêt *TELUS*, « [l]e fait que Telus conserve les messages textes de ses abonnés de cette façon est important [. . .] parce qu’il crée une ressource d’enquête pour les autorités » (par. 59), une ressource d’enquête qui n’est pas disponible auprès des autres fournisseurs de services, lesquels ne conservent pas de copies des messages textes.

[113] En l’espèce, les policiers ont obtenu, en vertu de l’art. 487.012 du *Code criminel*, plusieurs ordonnances de communication visant les fournisseurs de services Bell, Rogers et Telus. Seule la société Telus conserve pendant une certaine période le contenu des messages textes envoyés et reçus par ses abonnés. Aucun message texte n’a été obtenu à partir de comptes existants auprès des autres fournisseurs de services. Ce sont les pratiques de stockage uniques à Telus, plutôt que les principes qui sous-tendent la partie VI, qui ont mené à la communication des copies de messages textes existants du compte Telus visé, et à la perte par M. Jones des mesures de protection de la vie privée prévues par la partie VI du *Code criminel*. Encore une fois, l’applicabilité de la partie VI devrait dépendre de la substance des éléments auxquels la technique d’enquête vise à obtenir accès, et non du moment où cet accès est demandé, ou encore du hasard des pratiques technologiques des fournisseurs de services.

[114] Comme aucune autorisation fondée sur la partie VI n’a été obtenue, la prise de connaissance des copies des messages textes existants de M. Jones obtenues au moyen de l’ordonnance de communication était invalide et violait les droits garantis à ce dernier par l’art. 8 de la *Charte*.

[115] Il reste à décider si la preuve obtenue de façon irrégulière devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, conformément à l’arrêt de notre Cour *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353. Tout compte fait, je suis d’avis que l’utilisation en preuve des messages textes existants obtenus en application de l’ordonnance de communication serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

[116] The public’s interest in seeing a determination on the merits is balanced against its interest in “having a justice system that is above reproach” (*Marakah*, at para. 72, per McLachlin C.J., quoting *Grant*, at para. 84). As Brown J. noted in *R. v. Paterson*, [2017] 1 S.C.R. 202: “It is . . . important not to allow . . . society’s interest in adjudicating a case on its merits to trump all other considerations . . .” (para. 56).

[117] The impact of the *Charter*-infringing conduct on Mr. Jones’ *Charter*-protected privacy interests under s. 8 of the *Charter* was significant. Whether they take the form of a historical record or occur in real-time, electronic conversations have the potential to reveal information going to the individual’s biographical core, including information which tends to reveal intimate details of the lifestyle or personal choices of an individual. In the companion case of *Marakah*, Chief Justice McLachlin emphasized that Mr. Marakah “had a considerable, *Charter*-protected privacy interest in his . . . electronic conversation” (para. 67). Similarly, Mr. Jones had a considerable, *Charter*-protected privacy interest in his electronic conversation with the recipient of his text messages. As Cromwell J. noted in *R. v. Côté*, [2011] 3 S.C.R. 215:

. . . it must not be forgotten that the purpose of the *Charter*’s protection against unreasonable searches is to prevent them before they occur, not to sort them out from reasonable intrusions on an *ex post facto* analysis: *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 45. Thus, prior authorization is directly related to, and forms part of, an individual’s reasonable expectation of privacy. [para. 84]

[118] I acknowledge that the police did not, technically, act in bad faith, but I cannot accept that the failure to seek Part VI authorization did not put public confidence in the administration of justice at serious risk. The evolution of shifting technology has resulted in a correspondingly evolving jurisprudence which tries to keep pace with the impact of technology on constitutional rights. Where no

[116] L’intérêt du public à ce qu’un jugement au fond soit rendu est mis en balance avec son intérêt « en l’irréprochabilité du système de justice » (*Marakah*, par. 72, la juge en chef McLachlin, citant *Grant*, par. 84). Comme l’a mentionné le juge Brown dans *R. c. Paterson*, [2017] 1 R.C.S. 202 : « Il importe [. . .] de ne pas permettre que [. . .] l’intérêt de la société dans l’instruction de l’affaire au fond l’emporte sur toutes les autres considérations . . . » (par. 56).

[117] Les répercussions de la conduite attentatoire à la *Charte* sur le droit à la protection de la vie privée garanti à M. Jones par l’art. 8 de ce texte ont été importantes. Qu’il s’agisse de messages existants ou d’un échange en temps réel, les conversations électroniques sont susceptibles de révéler des renseignements biographiques sur les gens, notamment des renseignements qui tendent à révéler des détails intimes sur leur mode de vie et leurs choix personnels. Dans le pourvoi connexe *Marakah*, la juge en chef McLachlin a souligné que M. Marakah « avait [. . .] un important droit au respect de sa vie privée reconnu par la *Charte* dans la conversation électronique qu’il avait eue » (par. 67). Tout comme ce dernier, M. Jones avait en vertu de la *Charte* un important droit au respect de sa vie privée à l’égard de sa conversation électronique avec le destinataire de ses messages textes. Comme l’a souligné le juge Cromwell dans *R. c. Côté*, [2011] 3 R.C.S. 215 :

Il faut [. . .] se garder d’oublier que l’objet de la garantie constitutionnelle contre les fouilles et les perquisitions abusives est de faire obstacle à ces dernières, et non de les distinguer d’atteintes non abusives dans le cadre d’une analyse *ex post facto* : *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 45. L’autorisation préalable est donc directement liée à l’attente raisonnable d’une personne en matière de vie privée et elle en fait partie intégrante. [par. 84]

[118] Je reconnais que, techniquement, la police n’a pas agi de mauvaise foi, mais je ne peux accepter que le défaut d’obtenir une autorisation sous le régime de la partie VI n’a pas sérieusement compromis la confiance du public envers l’administration de la justice. L’évolution rapide de la technologie entraîne une évolution correspondante de la jurisprudence, laquelle s’efforce de suivre le rythme de



case directly on point has been decided, the police have two choices: to use the jurisprudential gap as a rationale for being more intrusive, or to exercise greater caution before interfering with legislatively endorsed privacy rights. It seems to me that the better judicial approach is one that encourages conduct on the part of the police that errs on the side of being protective of the rights of the public, rather than one that endorses *Charter* breaches in deference to the mechanics of new technologies.

[119] I would therefore exclude the text message evidence obtained through the Production Order and set aside the conviction.

*Appeal dismissed, ABELLA J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa; Lyttle McGarry Del Greco, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.*

l'incidence de la technologie sur les droits garantis par la Constitution. Dans les cas où aucune décision portant exactement sur une situation litigieuse n'a encore été rendue, les policiers ont alors le choix entre deux possibilités : utiliser la lacune dans la jurisprudence pour justifier une conduite plus envahissante, ou exercer davantage de précaution avant de porter atteinte à des droits protégeant la vie privée garantis par la loi. Il me semble que la meilleure approche à adopter par les tribunaux consiste à inciter les policiers à pécher par excès de prudence afin de protéger les droits du public, plutôt qu'à cautionner des violations de la *Charte* par déférence pour la mécanique des nouvelles technologies.

[119] Par conséquent, j'écarterais les messages textes obtenus au moyen de l'ordonnance de communication et j'annulerais la déclaration de culpabilité.

*Pourvoi rejeté, la juge ABELLA est dissidente.*

*Procureurs de l'appelant : Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa; Lyttle McGarry Del Greco, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Presser Barristers, Toronto; Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Stockwoods, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Presser Barristers, Toronto; Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Stockwoods, Toronto.*

**Max Wayne Cowper-Smith** *Appellant*

v.

**Gloria Lynn Morgan and Gloria Lynn Morgan**  
**Executor of the Will of the Late Elizabeth Flora**  
**Cowper-Smith, Deceased** *Respondent*

**INDEXED AS: COWPER-SMITH v. MORGAN**

**2017 SCC 61**

File No.: 37120.

2017: May 26; 2017: December 14.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,  
 Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and  
 Rowe JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
 BRITISH COLUMBIA**

*Wills and estates — Wills — Property — Equity — Proprietary estoppel — Remedies — Claimant relying to his detriment on promises made by co-beneficiary of their mother's estate to transfer co-beneficiary's interest in property to claimant — Whether trial judge erred in concluding that proprietary estoppel operated to enforce promisor's promise — Whether evidence supports trial judge's conclusion that elements of proprietary estoppel were met — Whether promisor's lack of ownership in property at time promise was made defeats claimant's equitable claim — What is appropriate remedy.*

As early as 1992, E and A made it clear that after their deaths, their property would be divided equally among their three children, G, M and N. After A's death however, E's estate planning changed dramatically: she transferred title to the family home in Victoria and all of her investments into joint ownership with G, indicating in a trust declaration that G would be entitled absolutely to those assets upon her death. Despite the fact that the trust declaration and joint ownership, if valid, assured that the estate would be virtually devoid of assets, E also executed a new will that appointed G as executor and provided that the estate would be divided equally among the three children.

**Max Wayne Cowper-Smith** *Appellant*

c.

**Gloria Lynn Morgan et Gloria Lynn Morgan en**  
**qualité d'exécutrice testamentaire d'Elizabeth**  
**Flora Cowper-Smith, décédée** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : COWPER-SMITH c. MORGAN**

**2017 CSC 61**

N° du greffe : 37120.

2017 : 26 mai; 2017 : 14 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,  
 Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown  
 et Rowe.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
 COLOMBIE-BRITANNIQUE**

*Successions — Testaments — Biens — Equity — Préclusion propriétaire — Recours — Demandeur se fiant, à son préjudice, à des promesses faites par une cobénéficiaire de la succession de leur mère de lui transférer son intérêt de cobénéficiaire dans un bien — La juge de première instance a-t-elle conclu à tort que la préclusion propriétaire permettait de faire respecter la promesse de la promettante? — La preuve étaye-t-elle la conclusion de la juge de première instance selon laquelle les éléments de la préclusion propriétaire sont réunis? — La demande en equity du demandeur doit-elle échouer parce que la promettante ne détenait aucun intérêt dans le bien au moment de la promesse? — Quelle réparation convient-il d'accorder?*

Dès 1992, E et A ont indiqué clairement qu'après leur décès, leur propriété serait partagée également entre leurs trois enfants, G, M et N. Cependant, après le décès d'A, la planification successorale d'E a changé du tout au tout : cette dernière a transféré le titre de la maison familiale à Victoria et tous ses placements en propriété conjointe avec G, indiquant dans une déclaration de fiducie que G aurait un droit absolu sur ces biens à son décès. Malgré le fait que la déclaration de fiducie et la stipulation relative à la propriété conjointe des biens, si elles étaient valides, faisaient en sorte que la succession était pour ainsi dire dépourvue de tout bien, E a aussi signé un nouveau testament dans lequel elle a nommé G exécutrice testamentaire et prévu que sa succession serait partagée également entre les trois enfants.

In 2005, when E could no longer live on her own, M agreed to move back to Victoria to care for her, giving up his employment income, his cottage lease, his contacts with his children and his social life, but only after G agreed that M would be able to live in the family home permanently and eventually acquire G's one-third interest in the property. After E's death, the trust declaration came to light and in 2011, G announced her plans to sell the family home, in which M was still living. M and N sought an order setting aside the trust declaration as the product of G's undue influence over E and declaring that G held the property and investments in trust for E's estate to be divided equally between the three children in accordance with E's most recent will. They also claimed, on the basis of proprietary estoppel, that M was entitled to purchase G's one-third interest in the property. The brothers succeeded at trial, where the trial judge found that G had not rebutted the presumptions of undue influence and resulting trust, and declared that the property belonged to E's estate. The Court of Appeal unanimously upheld the trial judge's conclusions with respect to undue influence and resulting trust, but split on proprietary estoppel. The majority held that since G owned no interest in the property at the time that she made assurances to M, proprietary estoppel could not arise. M appealed on the issue of proprietary estoppel.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Rowe JJ.: The trial judge did not err in concluding that proprietary estoppel operates to enforce G's promise. Since ownership at the time the representation or assurance was relied on is not a requirement of a proprietary estoppel claim, the fact that G did not have an interest in the property at the time M relied on her promise does not negate G's obligation to keep her promise.

To establish proprietary estoppel, one must first establish an equity of the kind that proprietary estoppel protects. An equity arises when (1) a representation or assurance is made to the claimant, on the basis of which the claimant expects that he will enjoy some right or benefit over property; (2) the claimant relies on that expectation

En 2005, lorsque E n'a pas plus été capable de vivre seule, M a accepté de revenir vivre à Victoria pour s'occuper d'elle, renonçant à son revenu d'emploi, à la location d'une petite maison, aux contacts qu'il avait avec ses enfants et à sa vie sociale, mais il l'a fait uniquement après que G eut accepté qu'il pourrait vivre dans la maison familiale de façon permanente et acquérir un jour l'intérêt de celle-ci sur le tiers de la propriété. Après le décès d'E, la déclaration de fiducie a été mise au jour et, en 2011, G a annoncé qu'elle avait l'intention de vendre la maison familiale, dans laquelle M vivait toujours. M et N ont sollicité une ordonnance annulant la déclaration de fiducie pour cause d'influence indue de G sur E, et déclarant que G détenait la propriété et les placements en fiducie au bénéfice de la succession d'E et que ces biens devaient être partagés également entre les trois enfants conformément au testament le plus récent d'E. Invoquant la préclusion propriétaire, ils ont également fait valoir que M était en droit d'acheter l'intérêt de G sur le tiers de la propriété. Les frères ont eu gain de cause en première instance, où la juge a conclu que G n'avait pas réfuté les présomptions d'influence indue et de fiducie résultoire, et déclaré que la propriété appartenait à la succession d'E. La Cour d'appel a confirmé à l'unanimité les conclusions de la juge de première instance concernant l'influence indue et la fiducie résultoire, mais elle était divisée sur la question de la préclusion propriétaire. Les juges majoritaires ont conclu que, comme G ne détenait aucun intérêt dans la propriété au moment où elle avait donné des assurances à M, il ne pouvait y avoir de préclusion propriétaire. M se pourvoit sur la question de la préclusion propriétaire.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Rowe : La juge de première instance n'a pas conclu à tort que la préclusion propriétaire permettait de faire respecter la promesse de G. Vu que l'existence d'un intérêt dans le bien en cause au moment où une personne se fie à la déclaration qui lui est faite ou à l'assurance qui lui est donnée n'est pas nécessaire pour que la préclusion propriétaire puisse être invoquée, ce n'est pas parce que G n'avait pas d'intérêt dans le bien au moment où M s'est fié à la promesse qu'elle lui avait faite que G n'est pas tenue de respecter sa promesse.

Pour établir la préclusion propriétaire, il faut d'abord démontrer l'existence d'un droit en equity du type de ceux que protège la préclusion propriétaire. Les circonstances suivantes donnent naissance à un tel droit : (1) une déclaration est faite au demandeur ou une assurance est donnée à celui-ci, sur le fondement de laquelle le demandeur

by doing or refraining from doing something and his reliance is reasonable in all of the circumstances; and (3) the claimant suffers a detriment as a result of his reasonable reliance, such that it would be unfair or unjust for the party responsible for the representation or assurance to go back on her word and insist on her strict legal rights. When the party responsible for the representation or assurance possesses an interest in the property sufficient to fulfill the claimant's expectation, proprietary estoppel attaches to that interest and protects the equity by making the representation or assurance binding. It is not necessary that the party responsible for the expectation own an interest in the property at the time of the claimant's reliance — when the party responsible for the expectation has or acquires sufficient interest in the property, proprietary estoppel will attach to that interest and protect the equity. Whether a claimant's reliance was reasonable in the circumstances is a question of mixed law and fact. A trial judge's determination of this point is, absent palpable and overriding error, entitled to deference.

Where a claimant has established proprietary estoppel, the court has considerable discretion in crafting a remedy that suits the circumstances, and an appellate court should not interfere unless the trial judge's decision evinces an error in principle or is plainly wrong. However, a claimant who establishes the need for proprietary estoppel is entitled only to the minimum relief necessary to satisfy the equity in his favour, and cannot obtain more than he expected. Further, there must be a proportionality between the remedy and the detriment. Courts of equity must strike a balance between vindicating the claimant's subjective expectations and correcting that detriment.

In the instant case, on the trial judge's findings, both M and G had clearly understood for well over a decade that E's estate, including the family home, would be divided equally between her three children upon her death. It was thus sufficiently certain that G would inherit a one-third interest in the property for her assurance to be taken seriously as one on which M could rely. There is no basis on which to overturn the trial judge's conclusion that M's reliance was reasonable. An equity arose in M's favour when he reasonably relied to his detriment on the expectation that he would be able to acquire G's one-third interest in the family home. That equity could not have

s'attend à bénéficier d'un certain droit ou avantage dans un bien; (2) le demandeur s'appuie sur cette attente en faisant quelque chose ou en s'abstenant de faire quelque chose, et cet acte de confiance est raisonnable eu égard à l'ensemble des circonstances; (3) le demandeur subit un préjudice en raison de son acte de confiance raisonnable, de sorte qu'il serait inéquitable ou injuste que la partie à l'origine de la déclaration ou de l'assurance revienne sur sa parole et insiste sur le respect de ses droits stricts. Lorsque la partie dont émane la déclaration ou l'assurance possède dans le bien un intérêt suffisant pour répondre à l'attente du demandeur, la préclusion propriétaire grève cet intérêt et protège le droit en equity en cause en rendant obligatoire la déclaration ou l'assurance. Il n'est pas nécessaire que la partie à l'origine de l'attente possède un intérêt dans le bien au moment de l'acte de confiance du demandeur — lorsque la partie à l'origine de l'attente a un intérêt suffisant dans le bien ou en acquiert un, la préclusion propriétaire grèvera cet intérêt et protégera le droit en equity en cause. La question de savoir si l'acte de confiance du demandeur était raisonnable dans les circonstances est une question mixte de fait et de droit. La décision du juge de première instance à cet égard commande la déférence, sauf si elle est entachée d'une erreur manifeste et dominante.

Lorsque le demandeur a établi la préclusion propriétaire, le tribunal dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour concevoir une réparation adaptée aux circonstances, et le tribunal d'appel ne devrait intervenir que si la décision du juge de première instance révèle une erreur de principe ou est nettement erronée. Cependant, le demandeur qui démontre qu'il est nécessaire d'appliquer la préclusion propriétaire n'a droit qu'à la réparation minimale nécessaire pour donner effet au droit en equity en sa faveur et ne peut obtenir plus que ce à quoi il s'attendait. De plus, il doit y avoir proportionnalité entre la réparation et le préjudice. Les tribunaux d'equity doivent établir un équilibre entre la reconnaissance des attentes subjectives du demandeur et la réparation de ce préjudice.

En l'espèce, il ressort des conclusions de la juge de première instance que M et G avaient tous deux clairement compris depuis plus d'une décennie que la succession d'E, y compris la maison familiale, serait partagée également entre ses trois enfants à son décès. Il était donc suffisamment certain que G hériterait d'un intérêt sur le tiers de la propriété pour que l'assurance qu'elle avait donnée soit sérieusement considérée par M comme une assurance à laquelle il pouvait se fier. Il n'y a aucune raison d'infirmer la conclusion de la juge de première instance selon laquelle l'acte de confiance de M était raisonnable. Un droit en equity a pris naissance en faveur de M lorsque

been protected by proprietary estoppel at the time it arose, because G did not then own an interest in the property. However, proprietary estoppel will attach to G's interest as soon as she obtains it from the estate. G, as executor, can be ordered to transfer a one-third interest in the property to each of the estate beneficiaries so that her promise to M may be fulfilled. An *in specie* distribution of shares in the property is not contrary to E's intent and this Court has the power to direct G to exercise her discretion as executor in a certain manner. With respect to remedy, the minimum necessary to satisfy the equity in M's favour is an order entitling him to purchase G's interest in the family home at its fair market value as of the approximate date on which he would reasonably have expected to be able to do so in the first place.

*Per Brown J.:* There is agreement with the majority that the trial judge did not err in allowing the proprietary estoppel claim, but disagreement regarding the appropriate remedy. An equity sufficient to ground a claim in proprietary estoppel may arise where the promisor does not in fact hold that right or benefit at the time of making the promise, but the equity arises only if and when the promisor obtains the right or benefit that was promised to the claimant, not at the moment of detrimental reliance. Where a promisor's attainment of the promised right or benefit rests upon the satisfaction of a future contingency, no equity capable of being remedied through proprietary estoppel can arise until that contingency is satisfied. If the promisor does not hold the right or benefit at the time of the promise, an inchoate equity arises in favour of the claimant at the moment of the claimant's detrimental reliance thereon, but before an equity capable of conferring a proprietary right can be shown to arise, the promisor must gain the promised right or benefit because the promisor cannot grant what he does not have. To qualify as an equity justifying the operation of proprietary estoppel, the equity must be proprietary, because it must be capable of compelling a promisor to relinquish a proprietary right which he or she actually holds.

ce dernier s'est fondé raisonnablement, à son préjudice, sur le fait qu'il s'attendait à pouvoir acquérir l'intérêt de G sur le tiers de la maison familiale. La préclusion propriétaire ne pouvait pas protéger ce droit au moment où il a pris naissance, parce que G ne détenait alors aucun intérêt dans la propriété. Toutefois, elle grèvera l'intérêt de G aussitôt que G l'aura obtenu de la succession. G, en sa qualité d'exécutrice testamentaire, peut se voir ordonner de transférer un intérêt sur le tiers de la propriété à chacun des bénéficiaires de la succession de manière à ce que la promesse qu'elle a faite à M puisse être respectée. Un partage en nature de la propriété n'est pas contraire à l'intention d'E et la Cour a le pouvoir d'ordonner à G d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'exécutrice testamentaire d'une certaine façon. Pour ce qui est de la réparation à accorder, le minimum requis pour donner effet au droit en equity de M consiste à rendre une ordonnance lui permettant d'acheter l'intérêt de G dans la maison familiale à sa juste valeur marchande établie à la date approximative à laquelle il se serait raisonnablement attendu à pouvoir l'acquérir au départ.

*Le juge Brown :* Il y a accord avec les juges majoritaires sur le fait que la juge de première instance n'a pas commis d'erreur en faisant droit à la demande fondée sur la préclusion propriétaire, mais désaccord sur la réparation qu'il convient d'accorder. Un droit en equity suffisant pour justifier une demande fondée sur la préclusion propriétaire peut prendre naissance lorsque le promettant n'est pas en fait titulaire du droit ou de l'avantage promis au moment où il fait la promesse, mais ce droit ne naît que si, et au moment où, le promettant obtient le droit ou l'avantage qui a été promis au demandeur, et non au moment de l'acte de confiance préjudiciable. Lorsque l'acquisition par le promettant du droit ou de l'avantage promis dépend de la réalisation d'une éventualité, aucun droit en equity — dont une atteinte est susceptible d'être réparée au moyen de la préclusion propriétaire — ne peut prendre naissance tant que l'éventualité ne s'est pas réalisée. Si le promettant n'est pas titulaire du droit ou de l'avantage promis au moment de la promesse, un droit virtuel en equity prend naissance en faveur du demandeur au moment de l'acte de confiance préjudiciable du demandeur à l'égard de celle-ci; toutefois, avant que l'on puisse établir l'existence d'un droit en equity susceptible de conférer un droit propriétaire, le promettant doit acquérir le droit ou l'avantage promis, car il ne peut accorder ce qu'il n'a pas. Pour constituer un droit en equity justifiant l'application de la préclusion propriétaire, le droit en equity en cause doit être de nature propriétaire, parce qu'il doit être susceptible de contraindre un promettant à renoncer à un droit propriétaire dont il est effectivement titulaire.

In this case, the requisite equity will only arise from the moment that G holds the right or benefit that was the subject of her promise to M, that is, from the time this Court orders her to divide the property into equal one-third interests and to deliver these to the beneficiaries of E's estate. Therefore, the minimum necessary to satisfy the equity, once it arises, is to permit M to purchase G's one-third share of the property as of the date of this Court's order.

*Per Côté J.:* There is agreement with the majority that a proprietary estoppel claim can arise even where a promisor had no ownership interest in the property at the time the promise was made and that a promisee's reliance is not unreasonable, as a matter of law, solely because the promisor does not own the property at the time the promisee acts, to his or her detriment, in reliance on the promise. Nevertheless, a court cannot order an executor to distribute shares of an estate in a manner that disregards the testator's express intent for the sole purpose of enabling a beneficiary to make good on her promise to a third party. This principle holds true even where that beneficiary also happens to serve as the estate's executor.

In the instant case, this Court has no power to order G to exercise her executorial discretion in a particular manner. E's last will was unambiguous in expressly vesting G with discretion in the administration of her estate and in entrusting her to decide the fate of the property in issue, including whether or not it should be sold. Compelling G to transfer shares of the property to the estate's beneficiaries is to substitute the Court's own judgment for that of G in determining how the property should be administered, effectively creating a specific bequest that E herself opted not to make. If G's duties as executor are truly in conflict with her interests as a beneficiary such that there is a breach of fiduciary duty, the proper remedy is not to order an *in specie* distribution but to replace G as executor. However, if G is ordered to distribute the property *in specie* and compelled to sell her share to M, the sale price should be determined by the value of the property as of the date of this Court's order.

En l'espèce, le droit en equity nécessaire ne prendra naissance qu'à partir du moment où G sera titulaire du droit ou de l'avantage qu'elle a promis à M, c'est-à-dire le moment où la Cour lui ordonnera de partager la propriété en intérêts égaux d'un tiers qu'elle remettra aux bénéficiaires de la succession d'E. En conséquence, le minimum nécessaire pour donner effet au droit en equity, dès qu'il prendra naissance, est de permettre à M d'acheter la part d'un tiers de G dans la propriété à la date de l'ordonnance de la Cour.

*La juge Côté :* Il y a accord avec les juges majoritaires sur le fait qu'il est possible d'invoquer la préclusion propriétaire même si le promettant ne détenait aucun intérêt propriétaire dans le bien en cause au moment de la promesse, et que la décision par le destinataire de la promesse de s'y fier n'est pas déraisonnable en droit simplement parce que le promettant n'est pas propriétaire du bien au moment où le destinataire de la promesse agit à son préjudice en s'y fiant. Néanmoins, un tribunal ne peut ordonner à un exécuteur testamentaire de procéder à la distribution de la succession sans tenir compte de l'intention expresse du testateur, et ce, à la seule fin de permettre à un bénéficiaire de tenir la promesse qu'il a faite à un tiers. Ce principe s'applique même lorsque ce bénéficiaire agit également comme exécuteur testamentaire.

En l'espèce, la Cour n'a pas compétence pour ordonner à G d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'exécutrice testamentaire d'une façon particulière. Le testament d'E accordait expressément et sans équivoque à G un pouvoir discrétionnaire dans l'administration de sa succession, lui confiant le soin de décider du sort de la propriété en cause, notamment de déterminer s'il convenait ou non de la vendre. En enjoignant à G de transférer aux bénéficiaires de la succession leur part dans la propriété, la Cour se trouve à substituer son propre jugement à celui de G et à décider de la façon dont le bien devrait être administré, créant dans les faits un legs spécifique qu'E a elle-même choisi de ne pas faire. Si les devoirs de G en tant qu'exécutrice testamentaire sont réellement en conflit avec ses intérêts en tant que bénéficiaire, de sorte qu'il y a manquement à son devoir fiduciaire, la réparation appropriée ne consiste pas à ordonner un partage en nature, mais plutôt à remplacer G en tant qu'exécutrice testamentaire. Toutefois, s'il est ordonné à G de partager la propriété en nature et qu'elle est obligée de vendre sa part à M, le prix de la vente devrait être établi en fonction de la valeur de la propriété à la date de l'ordonnance de la Cour.

## Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Considered:** *Thorner v. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 1 W.L.R. 776; **referred to:** *Sabey v. von Hopffgarten Estate*, 2014 BCCA 360, 378 D.L.R. (4th) 64; *Clarke v. Johnson*, 2014 ONCA 237, 371 D.L.R. (4th) 618; *Idle-O Apartments Inc. v. Charlyn Investments Ltd.*, 2014 BCCA 451, [2015] 2 W.W.R. 243; *Scholz v. Scholz*, 2013 BCCA 309, 340 B.C.A.C. 151; *Wolff v. Canada (Attorney General)*, 2017 BCCA 30, 95 B.C.L.R. (5th) 15; *Taylor's Fashions Ltd. v. Liverpool Victoria Trustees Co.*, [1981] 1 All E.R. 897; *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) v. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84; *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53; *Crabb v. Arun District Council*, [1975] 3 All E.R. 865; *Willmott v. Barber* (1880), 15 Ch. D. 96; *Canadian Superior Oil Ltd. v. Paddon-Hughes Development Co.*, [1970] S.C.R. 932; *Sohio Petroleum Co. v. Weyburn Security Co.*, [1971] S.C.R. 81; *Sykes v. Rosebery Parklands Development Society*, 2011 BCCA 15, 330 D.L.R. (4th) 84; *Erickson v. Jones*, 2008 BCCA 379, 299 D.L.R. (4th) 465; *Delane Industry Co. v. PCI Properties Corp.*, 2014 BCCA 285, 359 B.C.A.C. 61; *Burgsteden v. Long*, 2014 SKCA 115, 378 D.L.R. (4th) 562; *Eberts v. Carleton Condominium Corp. No. 396* (2000), 136 O.A.C. 317; *Bellton Farms Ltd. v. Campbell*, 2016 NSCA 1, 394 D.L.R. (4th) 262; *Wettstein v. Wettstein*, 1992 CarswellBC 1421 (WL Can.); *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher* (1988), 76 A.L.R. 513; *Walton v. Walton*, E.W.C.A., April 14, 1994; *Gillett v. Holt*, [2001] Ch. 210; *Cobbe v. Yeoman's Row Management Ltd.*, [2008] UKHL 55, [2008] 1 W.L.R. 1752; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Re Basham (deceased)*, [1987] 1 All E.R. 405; *Watson v. Goldsbrough*, [1986] 1 E.G.L.R. 265; *Re Harris* (1915), 22 D.L.R. 381; *Gunn Estate, Re*, 2010 PECA 13, 200 Nfld. & P.E.I.R. 197; *Staub v. Staub Estate*, 2003 ABCA 122, 226 D.L.R. (4th) 327; *Griffiths v. Williams*, [1978] 2 E.G.L.R. 121; *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64; *Jennings v. Rice*, [2002] EWCA Civ. 159, [2003] 1 P. & C.R. 100; *Commonwealth of Australia v. Verwayen* (1990), 170 C.L.R. 394; *Sledmore v. Dalby* (1996), 72 P. & C.R. 196; *Pilcher v. Shoemaker* (1997), 13 R.P.R. (3d) 42; *Ellis v. Eddy Holding Ltd.* (1996), 7 R.P.R. (3d) 70.

By Brown J.

**Considered:** *Southern Pacific Mortgages Ltd. v. Scott*, [2014] UKSC 52, [2015] A.C. 385; **referred to:** *Idle-O Apartments Inc. v. Charlyn Investments Ltd.*, 2014 BCCA

## Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêt examiné :** *Thorner c. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 1 W.L.R. 776; **arrêts mentionnés :** *Sabey c. von Hopffgarten Estate*, 2014 BCCA 360, 378 D.L.R. (4th) 64; *Clarke c. Johnson*, 2014 ONCA 237, 371 D.L.R. (4th) 618; *Idle-O Apartments Inc. c. Charlyn Investments Ltd.*, 2014 BCCA 451, [2015] 2 W.W.R. 243; *Scholz c. Scholz*, 2013 BCCA 309, 340 B.C.A.C. 151; *Wolff c. Canada (Attorney General)*, 2017 BCCA 30, 95 B.C.L.R. (5th) 15; *Taylor's Fashions Ltd. c. Liverpool Victoria Trustees Co.*, [1981] 1 All E.R. 897; *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) c. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84; *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53; *Crabb c. Arun District Council*, [1975] 3 All E.R. 865; *Willmott c. Barber* (1880), 15 Ch. D. 96; *Canadian Superior Oil Ltd. c. Paddon-Hughes Development Co.*, [1970] R.C.S. 932; *Sohio Petroleum Co. c. Weyburn Security Co.*, [1971] R.C.S. 81; *Sykes c. Rosebery Parklands Development Society*, 2011 BCCA 15, 330 D.L.R. (4th) 84; *Erickson c. Jones*, 2008 BCCA 379, 299 D.L.R. (4th) 465; *Delane Industry Co. c. PCI Properties Corp.*, 2014 BCCA 285, 359 B.C.A.C. 61; *Burgsteden c. Long*, 2014 SKCA 115, 378 D.L.R. (4th) 562; *Eberts c. Carleton Condominium Corp. No. 396* (2000), 136 O.A.C. 317; *Bellton Farms Ltd. c. Campbell*, 2016 NSCA 1, 394 D.L.R. (4th) 262; *Wettstein c. Wettstein*, 1992 CarswellBC 1421 (WL Can.); *Waltons Stores (Interstate) Ltd. c. Maher* (1988), 76 A.L.R. 513; *Walton c. Walton*, E.W.C.A., 14 avril 1994; *Gillett c. Holt*, [2001] Ch. 210; *Cobbe c. Yeoman's Row Management Ltd.*, [2008] UKHL 55, [2008] 1 W.L.R. 1752; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Re Basham (deceased)*, [1987] 1 All E.R. 405; *Watson c. Goldsbrough*, [1986] 1 E.G.L.R. 265; *Re Harris* (1915), 22 D.L.R. 381; *Gunn Estate, Re*, 2010 PECA 13, 200 Nfld. & P.E.I.R. 197; *Staub c. Staub Estate*, 2003 ABCA 122, 226 D.L.R. (4th) 327; *Griffiths c. Williams*, [1978] 2 E.G.L.R. 121; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64; *Jennings c. Rice*, [2002] EWCA Civ. 159, [2003] 1 P. & C.R. 100; *Commonwealth of Australia c. Verwayen* (1990), 170 C.L.R. 394; *Sledmore c. Dalby* (1996), 72 P. & C.R. 196; *Pilcher c. Shoemaker* (1997), 13 R.P.R. (3d) 42; *Ellis c. Eddy Holding Ltd.* (1996), 7 R.P.R. (3d) 70.

Citée par le juge Brown

**Arrêt examiné :** *Southern Pacific Mortgages Ltd. c. Scott*, [2014] UKSC 52, [2015] A.C. 385; **arrêts mentionnés :** *Idle-O Apartments Inc. c. Charlyn Investments*



451, [2015] 2 W.W.R. 243; *Sabey v. von Hopffgarten Estate*, 2014 BCCA 360, 378 D.L.R. (4th) 64; *Crabb v. Arun District Council*, [1976] 1 Ch. 179; *Clarke v. Johnson*, 2014 ONCA 237, 371 D.L.R. (4th) 618; *Tiny (Township) v. Battaglia*, 2013 ONCA 274, 305 O.A.C. 372; *Schwark Estate v. Cutting*, 2010 ONCA 61, 316 D.L.R. (4th) 105; *Thorner v. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 1 W.L.R. 776; *Abbey National Building Society v. Cann*, [1991] 1 A.C. 56; *Yeoman's Row Management Ltd. v. Cobbe*, [2008] UKHL 55, [2008] 4 All E.R. 713; *Taylors Fashions Ltd. v. Liverpool Victoria Trustees Co.*, [1982] 1 Q.B. 133; *Watson v. Goldsbrough*, [1986] 1 E.G.L.R. 265; *Jennings v. Rice*, [2002] EWCA Civ. 159, [2003] 1 P. & C.R. 100.

By Côté J.

**Referred to:** *Browne v. Moody*, [1936] 4 D.L.R. 1; *National Trust Co. v. Fleury*, [1965] S.C.R. 817; *Tataryn v. Tataryn Estate*, [1994] 2 S.C.R. 807; *Re Burke* (1959), 20 D.L.R. (2d) 396; *Gunn Estate, Re*, 2010 PECA 13, 200 Nfld. & P.E.I.R. 197; *Jackson Estate, Re* (2004), 192 O.A.C. 161; *Re Smith*, [1971] 1 O.R. 584; *Cooper v. Fenwick*, [1994] O.J. No. 2148 (QL).

#### Authors Cited

*Anger & Honsberger Law of Real Property*, 3rd ed. by Anne Warner La Forest. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated December 2016, release 17).

Bright, Susan, and Ben McFarlane. "Proprietary Estoppel and Property Rights" (2005), 64 *Cambridge L.J.* 449.

*Feeney's Canadian Law of Wills*, 4th ed. by James MacKenzie. Toronto: Butterworths, 2000 (loose-leaf updated September 2016, issue 64).

Gardner, Simon. "The Remedial Discretion in Proprietary Estoppel — Again" (2006), 122 *L.Q.R.* 492.

Gray, Kevin, and Susan Francis Gray. *Land Law*, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MacDougall, Bruce. *Estoppel*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

McFarlane, Ben. *The Law of Proprietary Estoppel*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Megarry, Robert, and William Wade. *The Law of Real Property*, 8th ed. by Charles Harpum, Stuart Bridge and Martin Dixon. London: Sweet & Maxwell, 2012.

Ship, Adam. "The Primacy of Expectancy in Estoppel Remedies: An Historical and Empirical Analysis" (2008), 46 *Alta. L. Rev.* 77.

*Snell's Equity*, 33rd ed. by John McGhee. London: Sweet & Maxwell, 2015.

*Ltd.*, 2014 BCCA 451, [2015] 2 W.W.R. 243; *Sabey c. von Hopffgarten Estate*, 2014 BCCA 360, 378 D.L.R. (4th) 64; *Crabb c. Arun District Council*, [1976] 1 Ch. 179; *Clarke c. Johnson*, 2014 ONCA 237, 371 D.L.R. (4th) 618; *Tiny (Township) c. Battaglia*, 2013 ONCA 274, 305 O.A.C. 372; *Schwark Estate c. Cutting*, 2010 ONCA 61, 316 D.L.R. (4th) 105; *Thorner c. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 1 W.L.R. 776; *Abbey National Building Society c. Cann*, [1991] 1 A.C. 56; *Yeoman's Row Management Ltd. c. Cobbe*, [2008] UKHL 55, [2008] 4 All E.R. 713; *Taylors Fashions Ltd. c. Liverpool Victoria Trustees Co.*, [1982] 1 Q.B. 133; *Watson c. Goldsbrough*, [1986] 1 E.G.L.R. 265; *Jennings c. Rice*, [2002] EWCA Civ. 159, [2003] 1 P. & C.R. 100.

Citée par la juge Côté

**Arrêts mentionnés :** *Browne c. Moody*, [1936] 4 D.L.R. 1; *National Trust Co. c. Fleury*, [1965] R.C.S. 817; *Tataryn c. Succession Tataryn*, [1994] 2 R.C.S. 807; *Re Burke* (1959), 20 D.L.R. (2d) 396; *Gunn Estate, Re*, 2010 PECA 13, 200 Nfld. & P.E.I.R. 197; *Jackson Estate, Re* (2004), 192 O.A.C. 161; *Re Smith*, [1971] 1 O.R. 584; *Cooper c. Fenwick*, [1994] O.J. No. 2148 (QL).

#### Doctrine et autres documents cités

*Anger & Honsberger Law of Real Property*, 3rd ed. by Anne Warner La Forest, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated December 2016, release 17).

Bright, Susan, and Ben McFarlane. « Proprietary Estoppel and Property Rights » (2005), 64 *Cambridge L.J.* 449.

*Feeney's Canadian Law of Wills*, 4th ed. by James MacKenzie, Toronto, Butterworths, 2000 (loose-leaf updated September 2016, issue 64).

Gardner, Simon. « The Remedial Discretion in Proprietary Estoppel — Again » (2006), 122 *L.Q.R.* 492.

Gray, Kevin, and Susan Francis Gray. *Land Law*, 5th ed., Oxford, Oxford University Press, 2007.

MacDougall, Bruce. *Estoppel*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.

McFarlane, Ben. *The Law of Proprietary Estoppel*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Megarry, Robert, and William Wade. *The Law of Real Property*, 8th ed. by Charles Harpum, Stuart Bridge and Martin Dixon, London, Sweet & Maxwell, 2012.

Ship, Adam. « The Primacy of Expectancy in Estoppel Remedies : An Historical and Empirical Analysis » (2008), 46 *Alta. L. Rev.* 77.

*Snell's Equity*, 33rd ed. by John McGhee, London, Sweet & Maxwell, 2015.

*Widdifield on Executors and Trustees*, 6th ed. by Carmen S. Thériault. Scarborough, Ont.: Carswell, 2002 (loose-leaf updated 2012, release 2).

Wilken, Sean, and Karim Ghaly. *The Law of Waiver, Variation, and Estoppel*, 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2012.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Smith and Willcock JJ.A.), 2016 BCCA 200, 400 D.L.R. (4th) 579, 386 B.C.A.C. 287, 667 W.A.C. 287, [2016] 10 W.W.R. 497, 19 E.T.R. (4th) 225, 87 B.C.L.R. (5th) 273, [2016] B.C.J. No. 927 (QL), 2016 CarswellBC 1238 (WL Can.), setting aside in part a decision of Brown J., 2015 BCSC 1170, 10 E.T.R. (4th) 218, [2015] B.C.J. No. 1428 (QL), 2015 CarswellBC 1871 (WL Can.). Appeal allowed.

*G. Darren Williams, Ellen Vandergrift and Moira Dillon*, for the appellant.

*Claire E. Hunter and Ryan J. M. Androsoff*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Rowe JJ. was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — Equity enforces promises that the law does not. This appeal concerns such a promise, part of an arrangement between siblings to provide care for their aging mother. The sister assured the brother that, if he moved back into the family home to do so, he would be able to acquire her share of that property after their mother's death. The question before us is whether equity — and specifically the doctrine of proprietary estoppel — now binds her to her word.

[2] The trial judge concluded that all the elements of proprietary estoppel were established: the sister promised the brother that he would be able to purchase her eventual interest in their mother's property; the brother reasonably relied on the expectation that he would be able to do so; and,

*Widdifield on Executors and Trustees*, 6th ed. by Carmen S. Thériault, Scarborough (Ont.), Carswell, 2002 (loose-leaf updated 2012, release 2).

Wilken, Sean, and Karim Ghaly. *The Law of Waiver, Variation, and Estoppel*, 3rd ed., New York, Oxford University Press, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Smith et Willcock), 2016 BCCA 200, 400 D.L.R. (4th) 579, 386 B.C.A.C. 287, 667 W.A.C. 287, [2016] 10 W.W.R. 497, 19 E.T.R. (4th) 225, 87 B.C.L.R. (5th) 273, [2016] B.C.J. No. 927 (QL), 2016 CarswellBC 1238 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision de la juge Brown, 2015 BCSC 1170, 10 E.T.R. (4th) 218, [2015] B.C.J. No. 1428 (QL), 2015 CarswellBC 1871 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*G. Darren Williams, Ellen Vandergrift et Moira Dillon*, pour l'appelant.

*Claire E. Hunter et Ryan J. M. Androsoff*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Rowe rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — L'équity permet de faire respecter des promesses que la common law ne permet pas de faire respecter. Le présent pourvoi concerne pareille promesse, faisant partie d'un arrangement entre frère et sœur afin de prendre soin de leur mère vieillissante. La sœur a donné l'assurance à son frère que, s'il retournait vivre dans la maison familiale pour s'acquitter de cette tâche, elle lui vendrait sa part de la maison après la mort de leur mère. Il s'agit de déterminer si l'équity — et, plus particulièrement, la doctrine de la préclusion propriétaire — l'oblige maintenant à tenir parole.

[2] La juge de première instance a conclu que tous les éléments de la préclusion propriétaire avaient été établis : la sœur a promis à son frère qu'il pourrait acquérir l'intérêt qu'elle aurait un jour dans la propriété de leur mère; le frère s'est raisonnablement fondé sur le fait qu'il s'attendait à pouvoir le faire;

because of the detriment the brother suffered as a result of his reliance, it would be unfair and unjust in the circumstances to permit the sister to renege from her promise. The evidence supports that conclusion.

[3] That the sister did not have an interest in the property at the time her brother relied on her promise does not negate her obligation to keep her promise; proprietary estoppel will attach to the sister's interest in the property as soon as she receives it from their mother's estate. I would allow the appeal.

### I. Facts and Judicial History

[4] The Cowper-Smiths of Victoria were not always at odds. Elizabeth and Arthur married in 1945. Together, they raised a daughter, Gloria, and two sons, Max and Nathan. Gloria became a potter and settled with her husband in Victoria. Max practised law in England. Nathan moved to Edmonton, where he worked with abused children on behalf of the Alberta government.

[5] Shortly before Arthur died in 1992, he explained to his sons that he and Elizabeth would leave everything to be divided equally between the three children. They intended to avoid family discord. In that, they failed.

[6] Gloria first fell out with Nathan, who had moved back home in 2000 after his long-term relationship had ended and he had quit his job in Edmonton. He did work around the house with which Elizabeth seemed satisfied. After visits with Gloria, however, Elizabeth would return agitated, concerned that Nathan intended to take her house from her and troubled by what she said were Nathan's plans to throw "gay parties" there. In February and April 2001, Nathan received two letters in Gloria's handwriting. The first of these demanded that Nathan not shout or raise his voice in the home or "entertai[n] Gay Males" at home, among other things. The second announced he was no longer welcome to live with his mother and should move out at once. He

comme cet acte de confiance s'est révélé préjudiciable pour le frère, il serait inéquitable et injuste dans les circonstances de permettre à la sœur de revenir sur sa promesse. La preuve étaye cette conclusion.

[3] Ce n'est pas parce qu'elle n'avait pas d'intérêt dans la propriété au moment où son frère s'est fié à la promesse qu'elle lui avait faite que la sœur n'est pas tenue de respecter sa promesse; la préclusion propriétaire grèvera l'intérêt de la sœur dans la propriété aussitôt qu'elle recevra celui-ci de la succession de sa mère. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

### I. Faits et historique judiciaire

[4] Les Cowper-Smith de Victoria n'ont pas toujours été en mauvais termes. Elizabeth et Arthur se sont mariés en 1945. Ensemble, ils ont élevé une fille, Gloria, et deux garçons, Max et Nathan. Gloria est devenue potière et elle s'est établie avec son mari à Victoria. Max a pratiqué le droit en Angleterre. Pour sa part, Nathan a déménagé à Edmonton, où il a travaillé pour le gouvernement albertain auprès d'enfants victimes de mauvais traitements.

[5] Peu avant qu'il meure en 1992, Arthur a expliqué à ses fils qu'Elizabeth et lui léguaient tous leurs biens à parts égales à leurs trois enfants. Ils voulaient éviter la discorde familiale. À cet égard, ils ont échoué.

[6] Gloria s'est d'abord brouillée avec Nathan, qui est revenu habiter la maison familiale en 2000 après la fin d'une relation de longue durée et avoir quitté son emploi à Edmonton. Il s'est effectivement occupé de la maison, ce dont Elizabeth semblait satisfaite. Toutefois, elle revenait perturbée de ses visites chez Gloria, habitée par la crainte que Nathan cherche à s'approprier sa maison et préoccupée par ce qu'elle disait être les plans de Nathan d'y organiser des [TRADUCTION] « fêtes gaies ». Aux mois de février et d'avril 2001, Nathan a reçu deux lettres rédigées à la main par Gloria. Dans la première, elle le sommait notamment de ne pas crier ou élever le ton dans la maison ni d'y « recevoir des hommes gais ». Dans la seconde, elle lui annonçait qu'il ne pouvait

returned from an overseas trip in June 2001 to find the locks changed, with his belongings still inside. He broke in. Gloria had the police escort him out. He eventually moved back to Edmonton. When, in 2005, Elizabeth asked Nathan to forgive her for what had happened, he assured her that he did not blame her; he knew the ordeal had been Gloria's doing.

[7] Max was next. In the years following his father's death, he struggled with financial difficulties and his mental health deteriorated. He turned to alcohol and drugs. His marriage fell apart. After 2000, things improved. A visit to Victoria in 2003 was such a success that he returned later that year and again in 2005. He and Gloria got along well and, when Gloria made it clear that Elizabeth could no longer live on her own, they began to discuss options for their mother's care. Max eventually agreed to give up his life in England, to move back to Victoria, and to care for their mother and the family home. He did so only after Gloria agreed that Max would be reimbursed for various expenses, have the use of their mother's car, and, crucially, be able to live in the house permanently and eventually to acquire Gloria's one-third interest in the same. The arrangement worked until 2009, when Gloria began to back away from her promises. The relationship between the siblings disintegrated, first into acrimony and then into litigation.

[8] In June 2001, around the time that Gloria, accompanied by the police, confronted Nathan at the property, Elizabeth's estate planning changed dramatically. She transferred title to the property and all her investments into joint ownership with Gloria. Pursuant to a "Declaration of Trust", Gloria would hold her interests in the house and the investments as bare trustee, with Elizabeth as the sole beneficiary, and Gloria would be "entitled . . . absolutely" to both the property and the investments upon her mother's

plus habiter chez leur mère et qu'il devait déménager immédiatement. Lorsqu'il est revenu d'un voyage à l'étranger en juin 2001, les serrures avaient été changées alors que ses effets personnels se trouvaient toujours à l'intérieur. Il est entré par effraction dans la maison. Gloria lui a fait quitter les lieux sous escorte policière. Il est finalement retourné habiter à Edmonton. Lorsqu'en 2005, Elizabeth a demandé pardon à Nathan pour ce qui était arrivé, il lui a donné l'assurance qu'il ne lui en tenait pas rigueur; il savait que Gloria était à l'origine de l'épreuve qu'il avait traversée.

[7] Ce fut ensuite le tour de Max. Au cours des années qui ont suivi la mort de son père, il a été aux prises avec des difficultés financières et sa santé mentale s'est détériorée. Il s'est mis à consommer de l'alcool et des drogues. Son couple s'est brisé. Après 2000, les choses se sont améliorées. Son voyage à Victoria en 2003 a été un tel succès qu'il y est revenu plus tard la même année ainsi qu'en 2005. Il s'entendait bien avec Gloria et, lorsque celle-ci lui a clairement fait savoir qu'Elizabeth ne pouvait plus vivre seule, ils ont commencé à analyser différentes façons de prendre soin d'elle. Max a finalement accepté de renoncer à sa vie en Angleterre, de revenir vivre à Victoria, et de s'occuper de sa mère ainsi que de la maison familiale. Il l'a fait uniquement après que Gloria eut accepté que diverses dépenses lui soient remboursées, qu'il puisse utiliser la voiture de sa mère et, point crucial, qu'il puisse vivre dans la maison de façon permanente et acquérir un jour l'intérêt de Gloria sur le tiers de celle-ci. L'arrangement a fonctionné jusqu'à ce qu'en 2009, Gloria commence à revenir sur ses promesses. La relation entre le frère et la sœur s'est dégradée, devenant d'abord acrimonieuse pour ensuite aboutir à un litige.

[8] En juin 2001 — à peu près à l'époque où Gloria, accompagnée par des policiers, a affronté Nathan à la maison —, la planification successorale d'Elizabeth a changé du tout au tout. Cette dernière a transféré le titre de la propriété et tous ses placements en propriété conjointe avec Gloria. Une [TRADUCTION] « déclaration de fiducie » prévoyait que Gloria détiendrait ses intérêts dans la maison et dans les placements en tant que nue-fiduciaire, qu'Elizabeth serait la seule bénéficiaire, et que

death. Elizabeth also executed a new will which appointed Gloria as executor and revoked all previous wills. She revoked this will in 2002, when she executed yet another, her last. She again named Gloria as executor but this time provided that her estate would be divided equally between her three children. Neither the trust declaration nor Gloria's joint ownership of the property and the investments — which, if valid, would have assured that Elizabeth's estate would be virtually devoid of assets, her last will notwithstanding — was ever changed.

[9] Nathan discovered Gloria's joint ownership of the house in 2005. Gloria assured him that the arrangement was to simplify the administration of their mother's estate and that he and Max would still each receive a one-third share. She gave Max the same assurance four years later, when he learned that Gloria's name was on title. Gloria changed her position only in April 2011, when, eight months after Elizabeth's death, the trust declaration entitling Gloria to Elizabeth's assets "absolutely" came to light and Gloria announced her plans to put the house, in which Max was still living, on the market.

[10] These proceedings ensued. Nathan and Max sought an order setting aside the 2001 trust declaration as the product of Gloria's undue influence over Elizabeth and declaring that Gloria therefore held the property and investments in trust for Elizabeth's estate, to be divided equally between the three children in accordance with the 2002 will. They also claimed, on the basis of proprietary estoppel, that Max was entitled to purchase Gloria's one-third interest in the house.

[11] The brothers succeeded at trial: 2015 BCSC 1170, 10 E.T.R. (4th) 218. The trial judge found that

Gloria aurait « un droit absolu » sur la propriété et les placements au décès de sa mère. Elizabeth a aussi signé un nouveau testament dans lequel elle nommait Gloria exécutrice testamentaire et révoquait tous ses testaments antérieurs. En 2002, elle a révoqué ce testament en en signant un autre, son dernier. Elle a de nouveau nommé Gloria exécutrice testamentaire, mais cette fois elle a prévu que sa succession serait partagée également entre ses trois enfants. La déclaration de fiducie et la stipulation relative à la propriété conjointe de la maison et des placements — qui, si elles avaient été valides, auraient fait en sorte que la succession d'Elizabeth aurait pour ainsi dire été dépourvue de tout bien malgré le dernier testament de celle-ci — n'ont jamais été modifiées.

[9] En 2005, Nathan a découvert que Gloria était copropriétaire de la maison. Gloria lui a assuré que l'arrangement visait à simplifier l'administration de la succession de leur mère et que son frère Max et lui recevraient quand même leur part d'un tiers chacun. Elle a donné la même assurance à Max quatre ans plus tard, quand celui-ci a appris que le nom de Gloria figurait sur le titre de propriété. Ce n'est qu'en avril 2011 que Gloria a modifié sa position, soit lorsque huit mois après le décès d'Elizabeth, la déclaration de fiducie lui accordant un droit [TRADUCTION] « absolu » dans les biens de celle-ci a été mise au jour et qu'elle a annoncé qu'elle avait l'intention de mettre en vente la maison, dans laquelle Max vivait toujours.

[10] La présente instance s'en est suivie. Nathan et Max ont sollicité une ordonnance annulant la déclaration de fiducie de 2001 pour cause d'influence indue de Gloria sur Elizabeth, et déclarant que Gloria détenait par conséquent la propriété et les placements en fiducie au bénéfice de la succession d'Elizabeth et que ces biens devaient être partagés également entre les trois enfants conformément au testament daté de 2002. Invoquant la préclusion propriétaire, ils ont également fait valoir que Max était en droit d'acheter l'intérêt de Gloria sur le tiers de la maison.

[11] Les frères ont eu gain de cause en première instance (2015 BCSC 1170, 10 E.T.R. (4th) 218).

Gloria had not rebutted the presumptions of undue influence and resulting trust, and she declared that the property belonged to Elizabeth's estate. She also held that the elements of proprietary estoppel had been made out. Gloria appealed. The British Columbia Court of Appeal (2016 BCCA 200, 400 D.L.R. (4th) 579) unanimously upheld the trial judge's conclusions with respect to undue influence and resulting trust, but split on proprietary estoppel. The majority held that, since Gloria owned no interest in the property, proprietary estoppel could not arise. Smith J.A. dissented; she would have dismissed Gloria's appeal entirely.

[12] Max appeals to this Court on the issue of proprietary estoppel. Gloria has not cross-appealed with respect to undue influence or resulting trust.

## II. Issues

[13] The main question before us is whether the trial judge erred in concluding that proprietary estoppel operates to enforce Gloria's promise. We must therefore consider the elements of proprietary estoppel and determine whether the evidence supports the trial judge's conclusion that those elements are met. Specifically, we must decide whether Gloria's lack of ownership of an interest in the property defeats Max's claim.

[14] If proprietary estoppel may indeed be established, then we must turn to the question of remedy.

## III. Analysis

[15] An equity arises when (1) a representation or assurance is made to the claimant, on the basis of which the claimant expects that he will enjoy some right or benefit over property; (2) the claimant relies on that expectation by doing or refraining from doing something, and his reliance is reasonable in all

La juge de première instance a conclu que Gloria n'avait pas réfuté les présomptions d'influence indue et de fiducie résultoire, et elle a déclaré que la propriété appartenait à la succession d'Elizabeth. Elle a également statué que les éléments de la préclusion propriétaire avaient été établis. Gloria a interjeté appel. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2016 BCCA 200, 400 D.L.R. (4th) 579) a confirmé à l'unanimité les conclusions de la juge de première instance concernant l'influence indue et la fiducie résultoire, mais elle était divisée sur la question de la préclusion propriétaire. Les juges majoritaires ont conclu que, comme Gloria ne détenait aucun intérêt dans la propriété, il ne pouvait y avoir de préclusion propriétaire. La juge Smith était dissidente; elle aurait rejeté l'appel de Gloria dans son intégralité.

[12] Max se pourvoit devant notre Cour sur la question de la préclusion propriétaire. Gloria n'a pas interjeté d'appel incident concernant l'influence indue ou la fiducie résultoire.

## II. Questions en litige

[13] La principale question dont nous sommes saisis est celle de savoir si la juge de première instance a conclu à tort que la préclusion propriétaire permettait de faire respecter la promesse de Gloria. Nous devons donc examiner les éléments de la préclusion propriétaire et vérifier si la preuve étaye la conclusion de la juge de première instance selon laquelle ces éléments sont réunis. Plus particulièrement, il nous faut décider si la demande de Max doit échouer parce que Gloria ne détenait aucun intérêt dans la propriété.

[14] Si la préclusion propriétaire peut effectivement être établie, nous devons ensuite nous prononcer sur la question de la réparation à accorder.

## III. Analyse

[15] Les circonstances suivantes donnent naissance à un droit en equity : (1) une déclaration est faite au demandeur ou une assurance est donnée à celui-ci, sur le fondement de laquelle le demandeur s'attend à bénéficier d'un certain droit ou avantage dans un bien; (2) le demandeur s'appuie sur cette

the circumstances; and (3) the claimant suffers a detriment as a result of his reasonable reliance, such that it would be unfair or unjust for the party responsible for the representation or assurance to go back on her word: see *Thorner v. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 1 W.L.R. 776, at para. 29, per Lord Walker; see also *Sabey v. von Hopffgarten Estate*, 2014 BCCA 360, 378 D.L.R. (4th) 64, at para. 30; *Clarke v. Johnson*, 2014 ONCA 237, 371 D.L.R. (4th) 618, at para. 52; *Idle-O Apartments Inc. v. Charlyn Investments Ltd.*, 2014 BCCA 451, [2015] 2 W.W.R. 243, at para. 49; *Scholz v. Scholz*, 2013 BCCA 309, 340 B.C.A.C. 151, at para. 31. The representation or assurance may be express or implied: see *Wolff v. Canada (Attorney General)*, 2017 BCCA 30, 95 B.C.L.R. (5th) 15, at para. 21; *Sabey*, at para. 33; B. MacDougall, *Estoppel* (2012), at p. 446; *Snell's Equity* (33rd ed. 2015), by J. McGhee, at p. 335. An inchoate equity arises at the time of detrimental reliance on a representation or assurance. It is not necessary to determine, in this case, whether this equity is personal or proprietary in nature. When the party responsible for the representation or assurance possesses an interest in the property sufficient to fulfill the claimant's expectation, proprietary estoppel may give effect to the equity by making the representation or assurance binding.

[16] Proprietary estoppel protects the equity, which in turn protects the claimant's reasonable reliance: see S. Bright and B. McFarlane, "Proprietary Estoppel and Property Rights" (2005), 64 *Cambridge L.J.* 449, at p. 452. Like other estoppels, proprietary estoppel avoids the unfairness or injustice that would result to one party if the other were permitted to break her word and insist on her strict legal rights: see *Taylor's Fashions Ltd. v. Liverpool Victoria Trustees Co.*, [1981] 1 All E.R. 897 (Ch.), at pp. 909, 915-16 and 918. As Lord Denning M.R. put it in *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) v. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84 (C.A.), at p. 122:

attente en faisant quelque chose ou en s'abstenant de faire quelque chose, et cet acte de confiance est raisonnable eu égard à l'ensemble des circonstances; (3) le demandeur subit un préjudice en raison de son acte de confiance raisonnable, de sorte qu'il serait inéquitable ou injuste que la partie à l'origine de la déclaration ou de l'assurance revienne sur sa parole (voir *Thorner c. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 1 W.L.R. 776, par. 29, lord Walker; voir aussi *Sabey c. von Hopffgarten Estate*, 2014 BCCA 360, 378 D.L.R. (4th) 64, par. 30; *Clarke c. Johnson*, 2014 ONCA 237, 371 D.L.R. (4th) 618, par. 52; *Idle-O Apartments Inc. c. Charlyn Investments Ltd.*, 2014 BCCA 451, [2015] 2 W.W.R. 243, par. 49; *Scholz c. Scholz*, 2013 BCCA 309, 340 B.C.A.C. 151, par. 31). La déclaration ou l'assurance peuvent être expresses ou implicites (voir *Wolff c. Canada (Attorney General)*, 2017 BCCA 30, 95 B.C.L.R. (5th) 15, par. 21; *Sabey*, par. 33; B. MacDougall, *Estoppel* (2012), p. 446; *Snell's Equity* (33<sup>e</sup> éd. 2015), par J. McGhee, p. 335). Un droit virtuel en equity prend naissance lorsqu'il y a acte de confiance préjudiciable à l'égard d'une déclaration ou d'une assurance. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de décider si ce droit en equity est de nature personnelle ou propriétaire. Lorsque la partie dont émane la déclaration ou l'assurance possède dans le bien un intérêt suffisant pour répondre à l'attente du demandeur, la préclusion propriétaire peut donner effet au droit en equity en rendant obligatoire la déclaration ou l'assurance.

[16] La préclusion propriétaire protège le droit en equity, qui, pour sa part, protège l'acte de confiance raisonnable du demandeur (voir S. Bright et B. McFarlane, « Proprietary Estoppel and Property Rights » (2005), 64 *Cambridge L.J.* 449, p. 452). À l'instar d'autres types de préclusion, la préclusion propriétaire prévient l'iniquité ou l'injustice dont serait victime l'une des parties si l'autre pouvait revenir sur sa parole et insister sur le respect de ses droits stricts (voir *Taylor's Fashions Ltd. c. Liverpool Victoria Trustees Co.*, [1981] 1 All E.R. 897 (Ch.), p. 909, 915-916 et 918). Comme l'a dit lord Denning, maître des rôles, dans *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) c. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84 (C.A.), p. 122 :

When the parties to a transaction proceed on the basis of an underlying assumption — either of fact or of law — whether due to misrepresentation or mistake makes no difference — on which they have conducted the dealings between them — neither of them will be allowed to go back on that assumption when it would be unfair or unjust to allow him to do so. If one of them does seek to go back on it, the courts will give the other such remedy as the equity of the case demands.

See also *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53, at para. 51; *MacDougall*, at pp. 15-16.

[17] Where protecting the equity of the case may demand the recognition of “new rights and interests . . . in or over land” (*Crabb v. Arun District Council*, [1975] 3 All E.R. 865 (C.A.), at p. 871, per Lord Denning M.R.), proprietary estoppel can do what other estoppels cannot — it can found a cause of action: see *MacDougall*, at p. 424; *McGhee*, at pp. 330-33. Where the ingredients for a proprietary estoppel are present, the court must determine whether it is appropriate to satisfy the equity by recognizing the modification or creation of property rights “in situations where there is want of consideration or of writing”: *Anger & Honsberger Law of Real Property* (3rd ed. (loose-leaf)), by A. W. La Forest, at p. 28-3.

[18] Consensus as to the elements of proprietary estoppel has proved elusive: see *Thorner*, at para. 29, per Lord Walker; *MacDougall*, at pp. 444-47. Recent decades have seen a softening of the five criteria, or “probanda”, set out by Fry J. in *Willmott v. Barber* (1880), 15 Ch. D. 96, at pp. 105-6 — and cited by this Court in *Canadian Superior Oil Ltd. v. Paddon-Hughes Development Co.*, [1970] S.C.R. 932, at pp. 938-39, and *Sohio Petroleum Co. v. Weyburn Security Co.*, [1971] S.C.R. 81, at pp. 85-86 — as judges have moved away from strict requirements that would constrain their ability to do justice in the circumstances of a particular case: see *Clarke*, at paras. 41-53; *Sykes v. Rosebery Parklands Development Society*, 2011 BCCA 15, 330 D.L.R. (4th) 84, at paras. 44-49; *Erickson v. Jones*, 2008 BCCA 379, 299 D.L.R. (4th) 465, at paras. 52-57; *Crabb*, at pp. 876-77, per Scarman L.J.; *Taylor's Fashions*, at pp. 915-18.

[TRADUCTION] Lorsque les parties à une opération se fondent sur une présupposition sous-jacente — de fait ou de droit — peu importe qu'elle découle d'une affirmation inexacte ou d'une erreur — qui a guidé leurs rapports —, aucune d'elles ne peut revenir sur cette présupposition lorsqu'il serait inéquitable ou injuste de lui permettre de le faire. Si l'une des parties souhaite revenir sur la présupposition, les tribunaux accorderont à l'autre partie la réparation qui s'impose en equity.

Voir également *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53, par. 51; *MacDougall*, p. 15-16.

[17] Dans les cas où la protection de l'équité peut nécessiter la reconnaissance de [TRADUCTION] « nouveaux droits et intérêts [. . .] sur la terre ou à son égard » (*Crabb c. Arun District Council*, [1975] 3 All E.R. 865 (C.A.), p. 871, lord Denning, maître des rôles), la préclusion propriétaire peut faire une chose que ne sont pas susceptibles de faire les autres préclusions — elle peut fonder une cause d'action (voir *MacDougall*, p. 424; *McGhee*, p. 330-333). Lorsque les éléments constitutifs de la préclusion propriétaire sont présents, le tribunal doit décider s'il convient de donner effet au droit en equity en cause en reconnaissant la modification ou la création de droits de propriété [TRADUCTION] « dans des situations où il n'y a pas de contrepartie ou d'écrit » (*Anger & Honsberger Law of Real Property* (3<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), par A. W. La Forest, p. 28-3).

[18] Il s'est avéré difficile de parvenir à un consensus sur les éléments de la préclusion propriétaire (voir *Thorner*, par. 29, lord Walker; *MacDougall*, p. 444-447). Au cours des dernières décennies, nous avons pu assister à un assouplissement des cinq critères, ou « éléments à prouver », énoncés par le juge Fry dans *Willmott c. Barber* (1880), 15 Ch. D. 96, p. 105-106 — et cités par notre Cour dans *Canadian Superior Oil Ltd. c. Paddon-Hughes Development Co.*, [1970] R.C.S. 932, p. 938-939, et *Sohio Petroleum Co. c. Weyburn Security Co.*, [1971] R.C.S. 81, p. 85-86 — les juges s'étant écartés d'exigences strictes susceptibles de restreindre leur capacité de rendre justice dans les circonstances d'une affaire donnée (voir *Clarke*, par. 41-53; *Sykes c. Rosebery Parklands Development Society*, 2011 BCCA 15, 330 D.L.R. (4th) 84, par. 44-49; *Erickson c. Jones*, 2008 BCCA 379, 299 D.L.R. (4th) 465, par. 52-57; *Crabb*, p. 876-877, le lord juge Scarman; *Taylor's Fashions*, p. 915-918).



[19] But flexibility must not come at the expense of clarity and predictability. As Professor MacDougall has commented:

While the five probanda ought to be replaced as the criteria for the estoppel, a structured formulation for establishing the need for proprietary estoppel serves the purpose of providing a useful and reasonably clear-cut method for predicting the estoppel. The replacement of such a structure by a single factor of “unfairness” or “unconscionability” leads . . . [to] too open-ended and amorphous a doctrine that only encourages litigation, particularly given the already very flexible and open-ended nature of the effect of the estoppel. [p. 447]

[20] I agree. Unfairness or injustice — sometimes referred to as “unconscionability”, albeit not in the sense in which that term is used in contract law (see *Ryan*, at para. 74) — are not stand-alone criteria; they are what proprietary estoppel aims to avoid by keeping the owner to her word.

[21] It has commonly been understood in Canada that proprietary estoppel is concerned with interests in land: *Delane Industry Co. v. PCI Properties Corp.*, 2014 BCCA 285, 359 B.C.A.C. 61, at para. 49; *Burgsteden v. Long*, 2014 SKCA 115, 378 D.L.R. (4th) 562, at para. 25; *Clarke*, at para. 52; *Eberts v. Carleton Condominium Corp. No. 396* (2000), 136 O.A.C. 317, at para. 23; *Bellton Farms Ltd. v. Campbell*, 2016 NSCA 1, 394 D.L.R. (4th) 262, at para. 46. Still, as Professor MacDougall has noted, “[a] limitation to land is arguably arbitrary . . . . It arises from the somewhat chance circumstance that proprietary estoppel . . . originated as a device to get round form requirements that mainly constrained the creation of or transfer of rights to land”: p. 450; see also *Wettstein v. Wettstein*, 1992 CarswellBC 1421 (WL Can.) (S.C.), at paras. 56-57. The British Columbia Court of Appeal has acknowledged the question of whether proprietary estoppel “also extends to other proprietary rights”, although this was not at issue in the case before it: *Sabey*, at para. 32. The English courts have gone much further, allowing proprietary estoppel claims in relation to chattels,

[19] Or, cet assouplissement ne doit pas se faire au détriment de la clarté et de la prévisibilité. Comme l’a mentionné le professeur MacDougall :

[TRADUCTION] Bien que les cinq éléments à prouver doivent être remplacés comme critères régissant la préclusion, une formulation structurée qui permette d’établir la nécessité d’appliquer la préclusion propriétaire sert l’objectif consistant à offrir une méthode utile et raisonnablement claire pour prédire la préclusion. Remplacer une telle structure par un seul facteur du caractère « inéquitable » ou « inique » mène [. . .] [à] une doctrine trop indéterminée et floue qui ne fait qu’encourager le recours aux tribunaux, compte tenu en particulier de la nature déjà très souple et indéterminée de l’effet de la préclusion. [p. 447]

[20] Je suis d’accord. Le caractère inéquitable ou le caractère injuste — parfois dit « inique », quoique dans un sens différent de celui dans lequel ce terme est utilisé en droit des contrats (voir *Ryan*, par. 74) — ne constituent pas des critères indépendants; c’est ce que la préclusion propriétaire vise à éviter en obligeant le titulaire de l’intérêt à tenir parole.

[21] Il est généralement entendu au Canada que la préclusion propriétaire porte sur des intérêts fonciers (*Delane Industry Co. c. PCI Properties Corp.*, 2014 BCCA 285, 359 B.C.A.C. 61, par. 49; *Burgsteden c. Long*, 2014 SKCA 115, 378 D.L.R. (4th) 562, par. 25; *Clarke*, par. 52; *Eberts c. Carleton Condominium Corp. No. 396* (2000), 136 O.A.C. 317, par. 23; *Bellton Farms Ltd. c. Campbell*, 2016 NSCA 1, 394 D.L.R. (4th) 262, par. 46). Néanmoins, comme le professeur MacDougall l’a fait remarquer, [TRADUCTION] « on pourrait soutenir que l’imposition d’une restriction à un bien-fonds est arbitraire [. . .] Tout a commencé par un quelconque concours de circonstances où la préclusion propriétaire [. . .] a été créée comme un moyen de contourner les exigences de forme qui limitaient principalement la création ou le transfert de droits fonciers » (p. 450; voir aussi *Wettstein c. Wettstein*, 1992 CarswellBC 1421 (WL Can.) (C.S.), par. 56-57). La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a pris acte de la question de savoir si la préclusion propriétaire [TRADUCTION] « s’applique également à d’autres droits propriétaires », même si cela n’était pas en cause dans l’affaire dont elle était saisie (*Sabey*, par. 32).

insurance policies, intellectual property rights, commercial assets, and other forms of property: see S. Wilken and K. Ghaly, *The Law of Waiver, Variation, and Estoppel* (3rd ed. 2012), at pp. 263-64; MacDougall, at pp. 452-53; see also *Thorner*, at paras. 48 and 66, per Lord Walker, and para. 104, per Lord Neuberger.

[22] We need not decide, in this case, whether proprietary estoppel may attach to an interest in property other than land; Max's expectation was that he would enjoy a right over the family home, namely, the right to acquire Gloria's eventual interest in it. Nor need we determine whether equity more broadly enforces non-contractual promises on which claimants have detrimentally relied: see, e.g., *Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher* (1988), 76 A.L.R. 513 (H.C.), at pp. 524-25, per Mason C.J. and Wilson J. As I will explain, proprietary estoppel may prevent the inequity of unrequited detriment where a claimant has reasonably relied on an expectation that he will enjoy a right or benefit over property, even when the party responsible for that expectation does not own an interest in the property at the time of the claimant's reliance.

#### A. *Was Max's Reliance Reasonable?*

[23] As we have seen, to establish proprietary estoppel one must first establish an equity of the kind that proprietary estoppel protects. This requires three things: a representation or assurance on the basis of which the claimant expects to enjoy a right or benefit over property, reasonable reliance on that expectation, and detriment as a result of the reliance. When the owner of an interest in the property over which the claimant expects to enjoy a right or benefit is responsible for the representation or assurance, then the equity established by the claimant's reasonable reliance may be given effect by proprietary estoppel.

Les tribunaux anglais sont allés beaucoup plus loin en faisant droit à des demandes fondées sur la préclusion propriétaire à l'égard de chatels, de polices d'assurance, de droits de propriété intellectuelle, d'éléments d'actif commercial et d'autres types de biens (voir S. Wilken et K. Ghaly, *The Law of Waiver, Variation, and Estoppel* (3<sup>e</sup> éd. 2012), p. 263-264; MacDougall, p. 452-453; voir aussi *Thorner*, par. 48 et 66, lord Walker, et par. 104, lord Neuberger).

[22] Nous n'avons pas à décider, en l'espèce, si la préclusion propriétaire peut grever un intérêt autre qu'un intérêt foncier; Max s'attendait à bénéficier d'un droit dans la maison familiale, soit celui d'acquiescer l'intérêt que Gloria aurait un jour dans celle-ci. Nous n'avons pas non plus à trancher la question de savoir si l'équité assure plus généralement le respect de promesses non contractuelles auxquelles des demandeurs se sont fiés, à leur préjudice (voir, p. ex., *Waltons Stores (Interstate) Ltd. c. Maher* (1988), 76 A.L.R. 513 (H.C.), p. 524-525, le juge en chef Mason et le juge Wilson). Comme je l'expliquerai plus loin, la préclusion propriétaire peut prévenir l'iniquité d'un préjudice non compensé lorsque le demandeur s'est raisonnablement fondé sur le fait qu'il s'attendait à bénéficier d'un droit ou d'un avantage dans un bien, même si la partie à l'origine de cette attente ne possédait pas d'intérêt dans ce bien au moment de l'acte de confiance du demandeur.

#### A. *L'acte de confiance de Max était-il raisonnable?*

[23] Rappelons que, pour établir la préclusion propriétaire, il faut d'abord démontrer l'existence d'un droit en equity du type de ceux que protège la préclusion propriétaire. Trois choses sont nécessaires : une déclaration ou une assurance sur le fondement de laquelle le demandeur s'attend à bénéficier d'un droit ou d'un avantage dans un bien; un acte de confiance raisonnable à l'égard de cette attente; un préjudice résultant de l'acte de confiance. Lorsque le titulaire d'un intérêt dans le bien dans lequel le demandeur s'attend à bénéficier d'un droit ou d'un avantage est à l'origine de la déclaration ou de l'assurance, la préclusion propriétaire peut alors donner effet au droit en equity établi par l'acte de confiance raisonnable du demandeur.

[24] There is no question that Gloria assured Max that, if he moved back to Victoria to care for their mother, he would be able to acquire her eventual interest in the house. Nor is it disputed that, as a result of his reliance on that assurance, Max has suffered a detriment. The trial judge determined, and all now agree, that “Max acted to his detriment in moving from England to Victoria, giving up employment income, the long-term lease of a cottage, his contacts with his children, and his social life to look after his aged dementing mother” and that “[h]e did so relying on Gloria’s agreement to his conditions for the move”: para. 118.

[25] The question is whether Max’s reliance was reasonable. If not, then no equity arose in his favour. Gloria argues — and the Court of Appeal majority accepted — that Max’s reliance could not have been reasonable because Gloria did not own an interest in the property. As Willcock J.A. wondered, at para. 111 of his reasons, “[h]ow can there be reasonable reliance upon a promise to convey an interest in property made by one who does not have such an interest or whose interest is uncertain?”

[26] Reasonableness is circumstantial. As Lord Walker put it in *Thorner*, “to establish a proprietary estoppel the relevant assurance must be clear enough”, that is, “[t]he promise must be unambiguous and must appear to have been intended to be taken seriously. Taken in its context, it must have been a promise which one might reasonably expect to be relied upon by the person to whom it was made”: para. 56, quoting *Walton v. Walton*, E.W.C.A., April 14, 1994 (unreported), at para. 16, per Hoffmann L.J.; see also *Gillett v. Holt*, [2001] Ch. 210 (C.A.), at p. 225; *Taylor’s Fashions*, at pp. 915-16; McGhee, at p. 338. What matters is what one party induced the other to expect; as Lord Hoffmann stated in *Thorner*, the question is whether “the meaning . . . conveyed would reasonably have been understood as intended to be taken

[24] Il ne fait aucun doute que Gloria a donné à Max l’assurance que, s’il retournait vivre à Victoria pour prendre soin de leur mère, il pourrait acquérir l’intérêt qu’elle détiendrait un jour dans la maison. Il n’est pas non plus contesté que, parce qu’il s’est fié à cette assurance, Max a subi un préjudice. La juge de première instance a conclu, et tous en conviennent maintenant, que [TRADUCTION] « Max a agi à son préjudice en quittant l’Angleterre pour venir s’installer à Victoria et en renonçant à un revenu d’emploi, à la location à long terme d’une petite maison, aux contacts qu’il avait avec ses enfants et à sa vie sociale pour prendre soin de sa mère âgée qui souffrait de démence », et qu’« [i]l l’a fait en se fiant au fait que Gloria acceptait les conditions auxquelles il consentait à déménager » (par. 118).

[25] La question est de savoir si l’acte de confiance de Max était raisonnable. Dans la négative, aucun droit en equity n’a alors pris naissance en sa faveur. Gloria soutient — et les juges majoritaires de la Cour d’appel ont retenu cet argument — que l’acte de confiance de Max ne pouvait pas être raisonnable parce que Gloria ne détenait pas d’intérêt dans la propriété. Le juge Willcock se pose la question suivante au par. 111 de ses motifs : [TRADUCTION] « Comment peut-on se fier raisonnablement à une promesse de céder un intérêt dans un bien faite par une personne qui ne possède pas un tel intérêt ou dont l’intérêt est incertain? »

[26] Le caractère raisonnable dépend des circonstances. Comme l’a dit lord Walker dans l’arrêt *Thorner*, [TRADUCTION] « pour établir une préclusion propriétaire, il faut que l’assurance donnée soit suffisamment claire », c’est-à-dire que « [l]a promesse ne doit comporter aucune ambiguïté et doit donner l’impression de devoir être prise au sérieux. Considérée dans son contexte, la promesse doit permettre raisonnablement de penser que la personne à qui elle a été faite s’y fiera » (par. 56, citant *Walton c. Walton*, E.W.C.A., 14 avril 1994 (non publié), par. 16, le lord juge Hoffmann; voir également *Gillett c. Holt*, [2001] Ch. 210 (C.A.), p. 225; *Taylor’s Fashions*, p. 915-916; McGhee, p. 338). Ce qui importe, c’est ce que l’une des parties a amené l’autre à croire; comme l’a dit lord Hoffmann dans l’arrêt *Thorner*, la question est de savoir si [TRADUCTION] « le sens

seriously as an assurance which could be relied upon”: para. 5; see also *Crabb*, at p. 871; B. McFarlane, *The Law of Proprietary Estoppel* (2014), at p. 98.

[27] In *Thorner*, one party had induced the other to expect that he would inherit farm property. Since the parties knew “that the extent of the farm was liable to fluctuate (as development opportunities arose, and tenancies came and went)”, “[t]here is no reason to doubt that their common understanding was that [the] assurance related to whatever the farm consisted of at [the owner’s] death”: para. 62. This was not the sort of uncertainty which would make reliance on the assurance unreasonable because “it is unprofitable, in view of the retrospective nature of the assessment which the doctrine of proprietary estoppel requires, to speculate on what might have been”: para. 65.

[28] This approach to assessing certainty — and thus the reasonableness of reliance — permits equity “to mitigate the rigours of strict law”: *Crabb*, at p. 871; see also *Thorner*, at para. 98, per Lord Neuberger. Unlike a contract, which, “subject to the narrow doctrine of frustration, must be performed come what may”, equity “looks backwards from the moment when the promise falls due to be performed and asks whether, in the circumstances which have actually happened, it would be unconscionable for the promise not to be kept”: *Walton*, at paras. 20-21, quoted in *Thorner*, at para. 57.

[29] In a proprietary estoppel claim, where the equity is said to have arisen when the claimant relied on an expectation that he would enjoy some right or benefit over property, it may be that the party responsible for the expectation had such a speculative interest in the property that the claimant’s reliance could not have been reasonable: see *Cobbe v. Yeoman’s Row Management Ltd.*, [2008] UKHL 55, [2008] 1 W.L.R. 1752, at para. 20, per Lord Scott. But whether this is so will depend on context, not on *ex ante* doctrinal restrictions. The Court of Appeal majority’s proposed bright line

du message [. . .] véhiculé aurait raisonnablement été interprété comme une assurance à prendre au sérieux et sur laquelle on pouvait se fonder » (par. 5; voir aussi *Crabb*, p. 871, B. McFarlane, *The Law of Proprietary Estoppel* (2014), p. 98).

[27] Dans l’arrêt *Thorner*, l’une des parties avait amené l’autre à croire qu’elle hériterait d’une ferme. Comme les parties savaient que [TRADUCTION] « l’étendue de la ferme était susceptible de fluctuer (en fonction des possibilités de développement et des tenances accordées) », « [i]l ne fait aucun doute que leur perception commune était que l’assurance donnée portait sur ce en quoi consisterait la ferme au décès [du titulaire d’intérêt] » (par. 62). Ce n’était pas le type d’incertitude qui rendait déraisonnable le fait de se fier à cette assurance, parce qu’« il n’est pas avantageux, compte tenu du caractère rétrospectif de l’évaluation qu’exige la doctrine de la préclusion propriétaire, d’émettre des hypothèses sur ce qui aurait pu arriver » (par. 65).

[28] Cette méthode d’évaluation de la certitude — et par le fait même du caractère raisonnable de l’acte de confiance — permet à l’equity [TRADUCTION] « d’atténuer les rigueurs du droit strict » (*Crabb*, p. 871; voir également *Thorner*, par. 98, lord Neuberger). Contrairement au contrat qui, [TRADUCTION] « sous réserve de la doctrine restreinte de l’impossibilité d’exécution, doit être exécuté quoi qu’il arrive », l’equity « jette un regard rétrospectif à partir du moment où la promesse doit être exécutée, et appelle à se demander si, dans les circonstances de l’espèce, il serait inique qu’elle ne soit pas tenue » (*Walton*, par. 20-21, cité dans *Thorner*, par. 57).

[29] Dans une demande fondée sur la préclusion propriétaire, où l’on prétend qu’un droit en equity a pris naissance lorsque le demandeur s’est appuyé sur le fait qu’il s’attendait à bénéficier d’un certain droit ou avantage dans un bien, il se peut que l’intérêt que la partie à l’origine de l’attente détenait dans le bien en cause ait été tellement hypothétique que l’acte de confiance du demandeur ne pouvait être raisonnable (voir *Cobbe c. Yeoman’s Row Management Ltd.*, [2008] UKHL 55, [2008] 1 W.L.R. 1752, par. 20, lord Scott). Or, la réponse à la question de savoir si tel est le cas dépendra du

rule — namely, that reliance on a promise by a party with no present interest in property can *never* be reasonable — is out of step with equity’s purpose, which is to temper the harsh effects of strict legal rules.

[30] Whether, in a particular case, a claimant’s reliance was reasonable in the circumstances is a question of mixed fact and law. A trial judge’s determination of this point is, absent palpable and overriding error, entitled to deference: see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 36.

[31] Here, on the trial judge’s findings, both Max and Gloria had clearly understood for well over a decade that their mother’s estate, including the house in which she lived, would be divided equally among her three children upon her death. Nathan, Max, and Max’s ex-wife each testified to a conversation with Elizabeth and Arthur, just prior to Arthur’s death in 1992, in which both parents made clear that everything they owned would be divided equally among their three children once Elizabeth passed away. Max’s evidence was that Elizabeth confirmed as much to him in 2002. Gloria conceded at trial that, in the years before her mother’s death, she made statements evincing the same expectation. She departed from that position — and asserted that she was entitled to *all* of her mother’s assets, the house included — only in April 2011.

[32] It was thus sufficiently certain that Gloria would inherit a one-third interest in the property for her assurance to be taken seriously as one on which Max could rely. Max and Gloria negotiated for an extended period before Max uprooted his life in England and returned to Victoria. Gloria promised unequivocally that he would be able to acquire her share of the property if he did so. She made that commitment, among others, with the purpose

contexte, et non de restrictions théoriques préalables. La règle de démarcation très nette proposée par les juges majoritaires de la Cour d’appel — à savoir qu’il ne peut *jamaïs* être raisonnable de se fier à une promesse faite par une partie n’ayant aucun intérêt actuel dans un bien — est incompatible avec l’objet de l’equity, lequel consiste à atténuer les effets draconiens du droit strict.

[30] La question de savoir si, dans une affaire donnée, l’acte de confiance du demandeur était raisonnable dans les circonstances est une question mixte de fait et de droit. La décision du juge de première instance à cet égard commande la déférence, sauf si elle est entachée d’une erreur manifeste et dominante (voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 36).

[31] Dans la présente affaire, il ressort des conclusions de la juge de première instance que Max et Gloria avaient tous deux clairement compris depuis plus d’une décennie que la succession de leur mère, y compris la maison dans laquelle celle-ci vivait, serait partagée également entre ses trois enfants à son décès. Nathan, Max et l’ex-femme de Max ont tous trois témoigné avoir eu avec Elizabeth et Arthur, juste avant le décès de ce dernier en 1992, une conversation au cours de laquelle les deux parents avaient clairement dit que tous leurs avoirs seraient partagés également entre leurs trois enfants au décès d’Elizabeth. Max a ajouté qu’Elizabeth le lui avait confirmé en 2002. Gloria a concédé au procès qu’au cours des années ayant précédé le décès de sa mère, elle avait fait des déclarations exprimant la même attente. Ce n’est qu’en avril 2011 qu’elle s’est écartée de cette position, et a affirmé qu’elle avait droit à *l’ensemble* du patrimoine de sa mère, y compris la maison.

[32] Il était donc suffisamment certain que Gloria hériterait d’un intérêt sur le tiers de la propriété pour que l’assurance qu’elle avait donnée soit sérieusement considérée par Max comme une assurance à laquelle il pouvait se fier. Max et Gloria ont négocié longtemps avant que Max ne renonce à sa vie en Angleterre pour retourner à Victoria. Gloria lui a promis sans équivoque qu’il pourrait acquérir sa part de la propriété s’il le faisait. Elle a pris

of enticing him back to the family home. In this, she succeeded. I see no basis on which to overturn the trial judge's conclusion that, in these circumstances, Max's reliance was reasonable.

[33] Max reasonably relied on the expectation that he would be able to acquire Gloria's interest in the property once their mother's estate had been administered in the usual course. Gloria was responsible for that expectation; she promised Max as much before he returned to Victoria from England. Max suffered a detriment as a result, such that it would be unfair or unjust to permit Gloria to break her word. An equity thus arose in Max's favour. It is this equity that proprietary estoppel will protect, if its elements are established.

*B. Does Proprietary Estoppel Protect the Equity?*

[34] The dispute as to whether the elements of proprietary estoppel are made out in this case turns on whether, at the time of the claimant's reliance, the party responsible for the claimant's expectation that he will enjoy a right or benefit over property must own an interest in the property sufficient to meet the claimant's expectation. The Court of Appeal majority concluded that, since Gloria did not own such an interest at the time of Max's reliance, his proprietary estoppel claim could not succeed. Willcock J.A. wrote, at para. 117:

... I see no reason in principle why the cause of action should be expanded to permit a person to acquire an interest in property by reliance upon an assurance by a non-owner that falls short of a contractual obligation. Such an expansion would be problematic, untying entirely from its ties to property the only estoppel that can be used as a sword.

cet engagement, entre autres, pour l'inciter à retourner vivre dans la maison familiale. À cet égard, elle a réussi. Je ne vois aucune raison d'infirmer la conclusion de la juge de première instance selon laquelle, dans les circonstances, l'acte de confiance de Max était raisonnable.

[33] Max s'est raisonnablement appuyé sur le fait qu'il s'attendait à pouvoir acquérir l'intérêt de Gloria dans la propriété une fois que la succession de leur mère aurait été administrée de la manière habituelle. Gloria est à l'origine de cette attente. Elle a fait cette promesse avant que Max ne quitte l'Angleterre pour retourner à Victoria. Max a de ce fait subi un préjudice, de sorte qu'il serait inéquitable ou injuste de permettre à Gloria de manquer à sa parole. Un droit en equity a donc pris naissance en faveur de Max. C'est ce droit en equity que la préclusion propriétaire protégera si les éléments d'une telle préclusion sont établis.

*B. La préclusion propriétaire protège-t-elle le droit en equity en cause?*

[34] Pour trancher la question de savoir si les éléments de la préclusion propriétaire sont établis en l'espèce, il faut se demander si, au moment de l'acte de confiance du demandeur, la partie à l'origine du fait que ce dernier s'attendait à bénéficier d'un droit ou d'un avantage dans la propriété devait avoir dans celle-ci un intérêt suffisant pour répondre à l'attente du demandeur. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que, comme Gloria ne possédait pas un tel intérêt au moment de l'acte de confiance de Max, la demande fondée sur la préclusion propriétaire ne pouvait être accueillie. Le juge Willcock a écrit ce qui suit au par. 117 :

[TRADUCTION] ... je ne vois aucune raison de principe d'élargir la cause d'action afin de permettre à une personne d'acquérir un intérêt dans un bien du fait qu'elle s'est fiée à une assurance — donnée par un non-titulaire d'intérêt — qui ne constitue pas véritablement une obligation contractuelle. Un tel élargissement poserait problème, défaisant entièrement les liens qui rattachent au bien la seule préclusion susceptible d'être utilisée comme moyen d'attaque.

[35] I cannot agree. With respect, the conclusion reached by the Court of Appeal majority conflates proprietary estoppel with the equity to which it gives effect. That Gloria did not own an interest in her mother's property at the time of Max's reliance is not dispositive in itself: see MacDougall, at p. 456; see also *Thorner*, at para. 61, per Lord Walker; *Re Basham (deceased)*, [1987] 1 All E.R. 405 (Ch.), at p. 415. An equity arises when the claimant reasonably relies to his detriment on the expectation that he will enjoy a right or benefit over property, whether or not the party responsible for that expectation owns an interest in the property at the time of the claimant's reliance. Proprietary estoppel may not protect that equity immediately. It may not protect the equity until considerable time has passed. If the party responsible for the expectation never acquires a sufficient interest in the property, proprietary estoppel may not arise at all; where there is proprietary estoppel, there must be an equity, but not vice versa. When the party responsible for the expectation has or acquires a sufficient interest in the property, however, proprietary estoppel attaches to that interest and protects the equity: see MacDougall, at p. 458; Wilken and Ghaly, at pp. 265-66; see also *Watson v. Goldsbrough*, [1986] 1 E.G.L.R. 265 (C.A.), at p. 267. Ownership at the time the representation or assurance was relied on is not a requirement of a proprietary estoppel claim.

[36] An equity arose in Max's favour when he reasonably relied to his detriment on the expectation that he would be able to acquire Gloria's one-third interest in their mother's house. That equity could not have been protected by proprietary estoppel at the time it arose, because Gloria did not then own an interest in the property. But that does not mean that proprietary estoppel cannot attach to Gloria's share of the house once she receives it. I conclude that it can.

[35] Je ne suis pas d'accord. Soit dit en tout respect, la conclusion à laquelle sont parvenus les juges majoritaires de la Cour d'appel confond la préclusion propriétaire et le droit en equity auquel elle donne effet. Que Gloria n'ait pas eu d'intérêt dans la propriété de sa mère au moment de l'acte de confiance de Max n'est pas déterminant en soi (voir MacDougall, p. 456; voir aussi *Thorner*, par. 61, lord Walker; *Re Basham (deceased)*, [1987] 1 All E.R. 405 (Ch.), p. 415). Un droit en equity prend naissance lorsque le demandeur se fonde raisonnablement, à son préjudice, sur le fait qu'il s'attend à bénéficier d'un droit ou d'un avantage dans un bien, que la partie à l'origine de cette attente possède ou non un intérêt dans ce bien au moment de l'acte de confiance du demandeur. Il est possible que la préclusion propriétaire ne protège pas ce droit immédiatement. Il pourrait s'écouler une très longue période avant qu'elle le protège. Si la partie à l'origine de l'attente n'acquiert jamais d'intérêt suffisant dans le bien, il pourrait ne pas y avoir du tout de préclusion propriétaire; lorsqu'il y a préclusion propriétaire, il y a nécessairement un droit en equity, mais l'inverse n'est pas vrai. Cependant, lorsque la partie à l'origine de l'attente a un intérêt suffisant dans le bien ou en acquiert un, la préclusion propriétaire grève cet intérêt et protège le droit en equity en cause (voir MacDougall, p. 458; Wilken et Ghaly, p. 265-266; voir aussi *Watson c. Goldsbrough*, [1986] 1 E.G.L.R. 265 (C.A.), p. 267). L'existence d'un intérêt dans le bien au moment où une personne se fie à la déclaration qui lui est faite ou à l'assurance qui lui est donnée n'est pas nécessaire pour que la préclusion propriétaire puisse être invoquée.

[36] Un droit en equity a pris naissance en faveur de Max lorsque ce dernier s'est fondé raisonnablement, à son préjudice, sur le fait qu'il s'attendait à pouvoir acquérir l'intérêt de Gloria sur le tiers de la maison de leur mère. La préclusion propriétaire ne pouvait pas protéger ce droit au moment où celui-ci a pris naissance, parce que Gloria ne détenait alors aucun intérêt dans la propriété. Cela ne signifie pas pour autant que la préclusion propriétaire ne peut pas grever la part de Gloria dans la maison lorsqu'elle recevra celle-ci. Je conclus qu'elle peut avoir un tel effet.

[37] Gloria has yet to receive any interest in the property. The property in its entirety remains part of Elizabeth's residuary estate. Elizabeth's will provides that the residue of the estate is to be divided equally and distributed to her three children. The will appoints Gloria as executor, and she is named in this proceeding in that capacity. Gloria, as executor, must therefore transfer one-third interests in the property to each of the estate beneficiaries, including to herself, before proprietary estoppel can attach to her share and the equity in Max's favour can be satisfied. As I have said, proprietary estoppel will attach to Gloria's interest when, and only when, it is sufficient to satisfy the equity — i.e., as soon as she obtains it from the estate.

[38] Gloria submits, and Côté J. agrees, that, as executor, she cannot be bound to transfer a one-third interest in the property to each of the estate beneficiaries so that her promise to Max may be fulfilled. I disagree.

[39] An *in specie* distribution of shares in the property is not contrary to Elizabeth's intent. Elizabeth's will empowered Gloria, as executor, with the discretion to perform an *in specie* distribution of the estate; this outcome was contemplated by Elizabeth and is consistent with the intention expressed in her will. Ordering an *in specie* distribution of the property is therefore not akin to a creating a specific bequest: see Côté J.'s reasons, at para. 77.

[40] Where a will allows for executorial discretion, an *in specie* distribution of real property may be effected by an executor with the consent of all beneficiaries: see *Re Harris* (1915), 22 D.L.R. 381 (Ont. S.C.), at p. 386; *Gunn Estate, Re*, 2010 PECA 13, 200 Nfld. & P.E.I.R. 197, at paras. 42 and 49. A beneficiary's objection to such a distribution should not be vexatious or manifestly unreasonable: *Re Harris*, at p. 386. In this case, Max clearly desires an *in specie* distribution of the property, Nathan has indicated

[37] Gloria n'a pas encore d'intérêt dans la propriété. Celle-ci fait toujours entièrement partie du reliquat de la succession d'Elizabeth. Le testament de cette dernière dispose que le reliquat doit être partagé en parts égales entre ses trois enfants et distribué à ceux-ci. Gloria y est nommée exécutrice testamentaire, et elle est désignée en cette qualité dans la présente instance. Gloria doit donc, à titre d'exécutrice testamentaire, transférer un intérêt sur le tiers de la propriété à chacun des bénéficiaires de la succession, y compris à elle-même, pour que la préclusion propriétaire puisse grever sa part et qu'il puisse être donné effet au droit en equity de Max. Comme je l'ai dit, la préclusion propriétaire grèvera l'intérêt de Gloria lorsque, et uniquement lorsque, cet intérêt sera suffisant pour permettre de donner effet au droit en equity en cause — c.-à-d. aussitôt que Gloria l'aura obtenu de la succession.

[38] Gloria soutient, et la juge Côté souscrit à cet argument, qu'en sa qualité d'exécutrice testamentaire, elle ne saurait être tenue de transférer un intérêt sur le tiers de la propriété à chacun des bénéficiaires de la succession de manière à ce que la promesse qu'elle a faite à Max puisse être respectée. Je ne suis pas d'accord.

[39] Un partage en nature de la propriété n'est pas contraire à l'intention d'Elizabeth. Le testament d'Elizabeth conférait à Gloria, en sa qualité d'exécutrice testamentaire, le pouvoir discrétionnaire d'effectuer un partage en nature de la succession; cette possibilité avait été envisagée par Elizabeth et est conforme à l'intention exprimée dans son testament. Le fait d'ordonner un partage en nature de la propriété ne s'apparente donc pas à la création d'un legs spécifique (voir les motifs de la juge Côté, par. 77).

[40] Lorsqu'un testament prévoit que l'exécuteur testamentaire dispose d'un pouvoir discrétionnaire, celui-ci peut, avec le consentement de tous les bénéficiaires, effectuer un partage en nature des biens réels (voir *Re Harris* (1915), 22 D.L.R. 381 (C.S. Ont.), p. 386; *Gunn Estate, Re*, 2010 PECA 13, 200 Nfld. & P.E.I.R. 197, par. 42 et 49). L'opposition d'un bénéficiaire à un tel partage ne devrait pas être vexatoire ou manifestement déraisonnable (*Re Harris*, p. 386). En l'espèce, Max souhaite clairement un



that he has an agreement with Max regarding the property, and Gloria, *qua* beneficiary, has not raised a compelling objection to an *in specie* distribution of the property. Gloria's objection to an *in specie* distribution is grounded in her desire to escape her equitable obligation and to spite her brother; this is manifestly unreasonable.

[41] Moreover, this Court has the power to direct Gloria to exercise her discretion as executor in a certain manner. As executor, Gloria is a fiduciary with obligations to the beneficiaries of the estate. Courts may interfere with an executor's exercise of discretion where there is a breach of this fiduciary duty: see *Widdifield on Executors and Trustees* (6th ed. (loose-leaf)), by C. S. Thériault, at p. 8-4. In this case, Gloria's conflict of interest and her bad faith are grounds for ordering an *in specie* distribution.

[42] Gloria's duties *qua* executor are clearly in conflict with her interests *qua* beneficiary. As beneficiary, Gloria can only be made to fulfill her equitable obligation to Max if the elements of proprietary estoppel are satisfied. As executor, she could prevent this by deciding not to make an *in specie* distribution of property. Where a conflicted executor uses his or her discretion to convert estate property into cash without a compelling reason (and against the express wishes of beneficiaries), courts may interfere: see *Staub v. Staub Estate*, 2003 ABCA 122, 226 D.L.R. (4th) 327, at paras. 14-24. Gloria has not raised a compelling reason as to why *in specie* distribution should be refused, nor has she explained how selling the property will maximize the value of the estate. Ordering an *in specie* distribution in this case resolves Gloria's conflict of interest without the delay or expense of replacing her as executor.

partage en nature de la propriété, Nathan a indiqué qu'il avait une entente avec Max concernant la propriété, et Gloria, en sa qualité de bénéficiaire, n'a pas soulevé d'objection convaincante en ce qui concerne un tel partage. L'opposition de Gloria à un partage en nature est fondée sur son désir de se soustraire à son obligation en equity et de contrarier son frère, ce qui est manifestement déraisonnable.

[41] De plus, la Cour a le pouvoir d'ordonner à Gloria d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'exécutrice testamentaire d'une certaine façon. En sa qualité d'exécutrice testamentaire, Gloria agit à titre fiduciaire et a des obligations envers les bénéficiaires de la succession. Les tribunaux peuvent intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un exécuteur testamentaire lorsqu'il y a manquement à ce devoir fiduciaire (voir *Widdifield on Executors and Trustees* (6<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), par C. S. Thériault, p. 8-4). En l'espèce, le conflit d'intérêts de Gloria et sa mauvaise foi justifient d'ordonner un partage en nature.

[42] Les devoirs de Gloria en sa qualité d'exécutrice testamentaire sont clairement incompatibles avec ses intérêts en sa qualité de bénéficiaire. En tant que bénéficiaire, Gloria peut être tenue de satisfaire à son obligation en equity envers Max seulement si les éléments de la préclusion propriétaire sont réunis. À titre d'exécutrice testamentaire, elle pourrait empêcher cela en décidant de ne pas effectuer un partage en nature de la propriété. Lorsqu'un exécuteur testamentaire en conflit d'intérêts exerce son pouvoir discrétionnaire pour convertir un bien de la succession en argent sans raison impérieuse (et contre la volonté expresse des bénéficiaires), les tribunaux peuvent intervenir (voir *Staub c. Staub Estate*, 2003 ABCA 122, 226 D.L.R. (4th) 327, par. 14-24). Gloria n'a pas invoqué de raison impérieuse pour laquelle un partage en nature devrait être refusé, et elle n'a pas non plus expliqué de quelle façon la vente de la propriété maximiserait la valeur de la succession. Le fait d'ordonner un partage en nature en l'espèce règle le problème du conflit d'intérêts de Gloria en permettant d'éviter les retards ou les dépenses qu'occasionnerait son remplacement en tant qu'exécutrice testamentaire.

[43] Further, Gloria’s bad faith provides a rationale for ordering an *in specie* distribution. The trial judge found that Gloria is “blinded by her animosity toward her brothers”: para. 68. Gloria misled her brothers with respect to the contents of the estate and the planned distribution of the shares, and the record reveals a decade-long feud with respect to the property. These acts are compelling evidence that, absent this Court’s interference, Gloria will continue to exercise her discretion in bad faith; an *in specie* distribution prevents this.

[44] I would therefore order that Gloria, as executor, is to divide the property forthwith into equal one-third interests and deliver these to herself, Max, and Nathan as beneficiaries of Elizabeth’s estate. As soon as she does, the elements of proprietary estoppel will be satisfied:

1. Gloria — who, by operation of this Court’s order, will own a one-third interest in the property — made a promise to Max, on the basis of which Max expected that he would enjoy the right to purchase her interest;
2. Max, relying reasonably on this expectation, moved back to Victoria to care for their mother in the final years of her life; and,
3. In doing so, Max suffered a detriment, such that it would be unfair or unjust to permit Gloria to break her promise.

[45] I therefore conclude that the trial judge did not err in allowing Max’s proprietary estoppel claim.

### C. *What Is the Appropriate Remedy?*

[46] Where a claimant has established proprietary estoppel, the court has considerable discretion in crafting a remedy that suits the circumstances: see *Griffiths v. Williams*, [1978] 2 E.G.L.R. 121 (C.A.), at p. 122, per Goff L.J.; MacDougall, at pp. 498-501. As with any exercise of discretion, an appellate court

[43] De plus, la mauvaise foi de Gloria justifie d’ordonner un tel partage. La juge de première instance a conclu que Gloria était [TRADUCTION] « aveuglée par son animosité envers ses frères » (par. 68). Gloria a induit ses frères en erreur en ce qui a trait au contenu de la succession et au partage prévu de celle-ci, et le dossier révèle 10 années de querelle au sujet de la propriété. Ces éléments sont des preuves convaincantes que, si la Cour n’intervient pas, Gloria continuera à exercer son pouvoir discrétionnaire de mauvaise foi; or, un partage en nature permet d’éviter cela.

[44] Je suis donc d’avis d’ordonner à Gloria, en sa qualité d’exécutrice testamentaire, de partager immédiatement la propriété en intérêts égaux d’un tiers qu’elle remettra à Max, à Nathan et à elle-même à titre de bénéficiaires de la succession d’Elizabeth. Aussitôt qu’elle l’aura fait, les éléments de la préclusion propriétaire seront réunis :

1. Gloria — qui, par l’effet de l’ordonnance de notre Cour, détiendra un intérêt sur le tiers de la propriété — a fait une promesse à Max, sur le fondement de laquelle celui-ci s’attendait à bénéficier du droit d’acquérir cet intérêt;
2. En se fondant raisonnablement sur cette attente, Max est revenu vivre à Victoria pour prendre soin de leur mère pendant les dernières années de sa vie;
3. Ce faisant, Max a subi un préjudice, de sorte qu’il serait inéquitable ou injuste de permettre à Gloria de ne pas tenir sa promesse.

[45] Je conclus donc que la juge de première instance n’a pas commis d’erreur en faisant droit à la demande de Max fondée sur la préclusion propriétaire.

### C. *Quelle réparation convient-il d’accorder?*

[46] Lorsque le demandeur a établi la préclusion propriétaire, le tribunal dispose d’un large pouvoir discrétionnaire pour concevoir une réparation adaptée aux circonstances (voir *Griffiths c. Williams*, [1978] 2 E.G.L.R. 121 (C.A.), p. 122, le lord juge Goff; MacDougall, p. 498-501). Comme il en va de

should not interfere unless the trial judge's decision evinces an error in principle or is plainly wrong: see *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64, at para. 27, citing *Housen*, at paras. 10 and 25.

[47] Still, “the court must take a principled approach, and cannot exercise a completely unfettered discretion according to the individual judge’s notion of what is fair in any particular case”: *Jennings v. Rice*, [2002] EWCA Civ. 159, [2003] 1 P. & C.R. 100, at para. 43, per Walker L.J. A claimant who establishes the need for proprietary estoppel is entitled only to the minimum relief necessary to satisfy the equity in his favour: see *Clarke*, at para. 81; *Sabey*, at para. 78; *Idle-O Apartments*, at para. 73; *Sykes*, at paras. 57-58; MacDougall, at p. 498; R. Megarry and W. Wade, *The Law of Real Property* (8th ed. 2012), by C. Harpum, S. Bridge and M. Dixon, at p. 731. Since the equity aims to address the unfair or unjust detriment the claimant would suffer if the owner were permitted to resile from her inducement, encouragement, or acquiescence, “there must be a proportionality between the remedy and the detriment which is its purpose to avoid”: *Commonwealth of Australia v. Verwayen* (1990), 170 C.L.R. 394 (H.C.A.), at p. 413, per Mason C.J.; see also *Sabey*, at paras. 73-75; *Idle-O Apartments*, at para. 76; *Jennings*, at para. 36, per Aldous L.J.; *Sledmore v. Dalby* (1996), 72 P. & C.R. 196 (C.A.), at pp. 208-9, per Hobhouse L.J.; S. Gardner, “The Remedial Discretion in Proprietary Estoppel — Again” (2006), 122 *L.Q.R.* 492, at pp. 499-503; Bright and McFarlane, at pp. 453-54.

[48] This approach recognizes that, while proprietary estoppel arises where the claimant’s expectations are frustrated, the reasonableness of the claimant’s expectations must be assessed in light of, among other things, the detriment the claimant has actually suffered: see A. Ship, “The Primacy of Expectancy in Estoppel Remedies: An Historical and Empirical Analysis” (2008), 46 *Alta. L. Rev.* 77, at pp. 104-5. Courts of equity must therefore strike a balance between vindicating the claimant’s subjective expectations — which, in their full context,

l’exercice de tout pouvoir discrétionnaire, le tribunal d’appel ne devrait intervenir que si la décision du juge de première instance révèle une erreur de principe ou est nettement erronée (voir *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64, par. 27, citant *Housen*, par. 10 et 25).

[47] Néanmoins, [TRADUCTION] « le tribunal doit adopter une approche raisonnée et ne doit pas exercer un pouvoir discrétionnaire absolu qui soit fonction de la conception personnelle d’un juge de ce qui est juste dans un cas donné » (*Jennings c. Rice*, [2002] EWCA Civ. 159, [2003] 1 P. & C.R. 100, par. 43, le lord juge Walker). Le demandeur qui démontre qu’il est nécessaire d’appliquer la préclusion propriétaire n’a droit qu’à la réparation minimale nécessaire pour donner effet au droit en equity en sa faveur (voir *Clarke*, par. 81; *Sabey*, par. 78; *Idle-O Apartments*, par. 73; *Sykes*, par. 57-58; MacDougall, p. 498; R. Megarry et W. Wade, *The Law of Real Property* (8<sup>e</sup> éd. 2012), par C. Harpum, S. Bridge et M. Dixon, p. 731). Puisque l’equity vise à corriger le préjudice inéquitable ou injuste que subirait le demandeur si l’on permettait au titulaire d’intérêt de revenir sur une incitation, un encouragement ou un acquiescement de sa part, [TRADUCTION] « il doit y avoir proportionnalité entre la réparation et le préjudice qu’elle a pour objet d’éviter » (*Commonwealth of Australia c. Verwayen* (1990), 170 C.L.R. 394 (H.C.A.), p. 413, le juge en chef Mason; voir également *Sabey*, par. 73-75; *Idle-O Apartments*, par. 76; *Jennings*, par. 36, le lord juge Aldous; *Sledmore c. Dalby* (1996), 72 P. & C.R. 196 (C.A.), p. 208-209, le lord juge Hobhouse; S. Gardner, « The Remedial Discretion in Proprietary Estoppel — Again » (2006), 122 *L.Q.R.* 492, p. 499-503; Bright et McFarlane, p. 453-454).

[48] Cette approche reconnaît que, bien qu’il y ait préclusion propriétaire lorsque les attentes du demandeur sont déçues, le caractère raisonnable de ces attentes doit être évalué au regard notamment du préjudice réellement subi par le demandeur (voir A. Ship, « The Primacy of Expectancy in Estoppel Remedies : An Historical and Empirical Analysis » (2008), 46 *Alta. L. Rev.* 77, p. 104-105). Les tribunaux d’equity doivent donc établir un équilibre entre la reconnaissance des attentes subjectives du demandeur — lesquelles, eu égard au contexte

may or may not reflect a reasonable valuation of the claimant's detriment — and correcting that detriment, which may be difficult or even impossible to measure: see *Sabey*, at paras. 80-82; *Jennings*, at paras. 50-51, per Walker L.J. In no case, however, may the claimant obtain more than he expected: see *Pilcher v. Shoemaker* (1997), 13 R.P.R. (3d) 42 (B.C.S.C.), at para. 21; *Ellis v. Eddy Holding Ltd.* (1996), 7 R.P.R. (3d) 70 (B.C.S.C.), at para. 26; Bright and McFarlane, at pp. 456-57.

[49] Here, Max's detriment lay in his returning to Victoria to live with and care for his aging mother. He expected, among other things, that he would be able to acquire Gloria's share of their mother's house after their mother's death and once her estate had been administered. Having kept up his end of the bargain, he sought an order requiring Gloria to keep up hers by selling him her one-third interest in the property. The trial judge concluded that this was the minimum required to satisfy the equity.

[50] Requiring Gloria to sell her interest in the house to Max is the minimum necessary to satisfy the equity in Max's favour. The question is, at what price?

[51] Max submits that he should be entitled to purchase Gloria's share for \$223,333.33, which reflects the property's 2011 appraised value of \$670,000.00. Gloria argues that, if she is ordered to sell her interest to Max, it should be at its current fair market value, which the parties agree is higher than it was in 2011.

[52] I agree with Max. As soon as Gloria receives an interest in the property from their mother's estate, all of the elements of proprietary estoppel will be satisfied. But the relevant equity will have arisen long before — namely, at the time of Max's reliance. The equity in Max's favour exists to avoid the unfairness and injustice that would result if Gloria were permitted to break her word and not sell her interest to Max, notwithstanding the detriment Max

global, peuvent ou non refléter une évaluation raisonnable du préjudice subi par celui-ci — et la réparation de ce préjudice, qui peut être difficile, voire impossible à mesurer (voir *Sabey*, par. 80-82; *Jennings*, par. 50-51, le lord juge Walker). Le demandeur ne peut cependant, en aucun cas, obtenir plus que ce à quoi il s'attendait (voir *Pilcher c. Shoemaker* (1997), 13 R.P.R. (3d) 42 (C.S. C.-B.), par. 21; *Ellis c. Eddy Holding Ltd.* (1996), 7 R.P.R. (3d) 70 (C.S. C.-B.), par. 26; Bright et McFarlane, p. 456-457).

[49] En l'espèce, le préjudice subi par Max réside dans le fait qu'il est retourné à Victoria pour vivre avec sa mère vieillissante et en prendre soin. Max s'attendait entre autres à pouvoir acquérir la part de Gloria dans la maison de leur mère après le décès de celle-ci et une fois que sa succession aurait été administrée. Comme il avait respecté sa part du marché, il a sollicité une ordonnance enjoignant à Gloria de respecter la sienne en lui vendant son intérêt sur le tiers de la propriété. La juge de première instance a conclu que c'était là le minimum requis pour donner effet au droit en equity en cause.

[50] Obliger Gloria à vendre à Max son intérêt dans la maison est le minimum nécessaire pour donner effet au droit en equity de Max. La question est de savoir à quel prix elle doit le faire.

[51] Max soutient qu'il devrait pouvoir acheter la part de Gloria pour la somme de 223 333,33 \$, laquelle tient compte de la valeur d'expertise de la propriété établie en 2011 à 670 000 \$. Gloria fait valoir que, si on lui ordonne de vendre son intérêt à Max, elle devrait pouvoir le faire à sa juste valeur marchande actuelle, laquelle, les parties en conviennent, est plus élevée qu'en 2011.

[52] Je suis d'accord avec Max. Aussitôt que Gloria recevra de la succession de sa mère un intérêt dans la propriété, tous les éléments de la préclusion propriétaire seront réunis. Toutefois, le droit en equity en cause aura pris naissance bien avant — c'est-à-dire au moment de l'acte de confiance de Max. Le droit en equity de Max vise à prévenir l'iniquité et l'injustice qu'il y aurait si Gloria était autorisée à manquer à sa parole et à ne pas lui vendre

suffered in returning to Victoria from England. Max valued that detriment as being worth the concessions he obtained from Gloria. One of those concessions was that Max would be able to acquire Gloria's interest in the property in exchange for an amount equal to one third of its total fair market value once the estate had been administered.

[53] Neither Max nor Gloria could reasonably have expected to wait the better part of a decade to exchange Max's cash for Gloria's interest in the property. It is safe to assume that, had Gloria not sought to escape her promise, Max's equity would have been satisfied and Gloria's share of the house sold to him not long after February 2, 2011, which is when, in the course of administering their mother's estate, the property was in fact appraised for \$670,000.00. Rather than sell her interest in the house to Max at that point — that is, roughly when both she and he originally contemplated she would — Gloria took the position that she was under no obligation to do so at all. This litigation was the result. In the years since, Max has had the benefit of the money he would have had to pay Gloria in 2011 for her share of the house, Elizabeth's estate has incurred expenses associated with the upkeep of the property, and the property, the parties agree, has increased in value.

[54] February 2, 2011 is a reasonable approximation of when Max expected to be able to purchase Gloria's one-third interest in the property. That expectation reflects the defined right that Gloria promised Max in exchange for his returning to Victoria to care for their mother. In these circumstances, the claimant's expectation must be the court's guide in exercising its remedial discretion. This is because, as Walker L.J. put it in *Jennings*, at para. 45:

... the consensual element of what has happened suggests that the claimant and the benefactor probably regarded the expected benefit and the accepted detriment as being (in a general, imprecise way) equivalent, or at any rate not obviously disproportionate.

son intérêt, malgré le préjudice qu'il a subi en quittant l'Angleterre pour retourner à Victoria. Max a estimé que ce préjudice valait les concessions qu'il a obtenues de Gloria. L'une d'elles était qu'il pourrait acquérir l'intérêt de Gloria dans la propriété en contrepartie d'une somme équivalant au tiers de sa juste valeur marchande totale, une fois que la succession aurait été administrée.

[53] Ni Max ni Gloria ne pouvaient raisonnablement prévoir qu'il faudrait près d'une décennie avant que Max puisse acquérir l'intérêt de Gloria dans la propriété. On peut supposer sans risque de se tromper que, si Gloria n'avait pas tenté de se soustraire à sa promesse, il aurait été donné effet au droit en equity de Max et la part de Gloria dans la maison aurait été vendue à celui-ci peu après le 2 février 2011, date à laquelle, dans le cadre de l'administration de la succession de leur mère, la propriété a effectivement été évaluée à 670 000 \$. Au lieu de vendre son intérêt dans la maison à Max à ce moment-là — c'est-à-dire à peu près au moment qu'ils avaient au départ envisagé qu'elle le ferait — Gloria a indiqué qu'elle n'était tenue à aucune obligation en ce sens, d'où le présent litige. Depuis ce temps, Max a bénéficié de l'argent qu'il aurait versé à Gloria en 2011 pour acquérir sa part de la maison, la succession d'Elizabeth a engagé des dépenses pour l'entretien de la propriété et celle-ci, les parties en conviennent, a pris de la valeur.

[54] Le 2 février 2011 est une approximation raisonnable du moment auquel Max s'attendait à pouvoir acquérir l'intérêt de Gloria sur le tiers de la propriété. Cette attente reflète le droit précis que Gloria avait promis à Max en échange de son retour à Victoria pour prendre soin de leur mère. Dans ces circonstances, l'attente du demandeur doit guider le tribunal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de réparation. Il en est ainsi parce que, comme le lord juge Walker l'a dit dans l'arrêt *Jennings*, par. 45 :

[TRADUCTION] ... l'élément consensuel de ce qui s'est produit indique que le demandeur et le bienfaiteur ont probablement considéré que l'avantage attendu et le préjudice accepté étaient (de façon générale et imprécise) équivalents, ou, en tout état de cause, qu'ils n'étaient pas manifestement disproportionnés.

[55] Vindicating Max's expectation will satisfy the equity in his favour, which arose at the time of his reliance, by avoiding the unfair and unjust detriment that he would suffer if Gloria were permitted to break her promise: see Gardner, at p. 497; Bright and McFarlane, at p. 458. Max's expectation — i.e., the benefit that he and Gloria agreed would offset the detriment he would suffer by returning to Victoria — was that he would be able to purchase Gloria's interest in the property following the administration of their mother's estate, which they could not have expected would take years to complete. The minimum necessary to satisfy the equity in Max's favour is thus an order entitling him to purchase Gloria's interest at its fair market value as of the approximate date on which he would reasonably have expected to be able to do so in the first place, namely, at some point in early 2011.

[56] To hold otherwise would disregard the difference between the equity and the estoppel. That no estoppel was available at the time the equity arose is of no moment. Max's expectations must be considered broadly. Contrary to the position espoused by Brown J., the minimum required to satisfy the equity, and the court's discretion in fashioning a remedy, is not limited by the point in time when the equity became proprietary in nature or when the cause of action arose: "The value of that equity will depend upon all the circumstances including the expectation and the detriment. The task of the court is to do justice. The most essential requirement is that there must be proportionality between the expectation and the detriment": *Jennings*, at para. 36, per Aldous L.J. What the minimum necessary to satisfy the equity requires — including the amount for which Gloria must sell Max her share — is determined by what it protects.

[57] Still, as the trial judge recognized, satisfying the equity does not require Gloria to sustain a loss. Had events unfolded as Max reasonably expected them to, Gloria would have given up her interest in

[55] Reconnaître l'attente de Max permettra de donner effet au droit en equity que détient celui-ci, et qui a pris naissance au moment de l'acte de confiance, en prévenant le préjudice inéquitable et injuste que Max subirait si Gloria pouvait manquer à sa promesse (voir Gardner, p. 497; Bright et McFarlane, p. 458). L'attente de Max — c.-à-d. l'avantage dont lui et Gloria ont convenu qu'il compenserait le préjudice qu'il subirait en retournant à Victoria — était qu'il pourrait acquérir l'intérêt de Gloria dans la propriété une fois que la succession de leur mère aurait été administrée, ce qui, ils ne pouvaient s'y attendre, prendrait des années. Le minimum requis pour donner effet au droit en equity de Max consiste donc à rendre une ordonnance lui permettant d'acheter l'intérêt de Gloria à sa juste valeur marchande établie à la date approximative à laquelle il se serait raisonnablement attendu à pouvoir l'acquérir au départ, à savoir à un certain moment au début de l'année 2011.

[56] Conclure autrement serait faire abstraction de la différence entre le droit en equity et la préclusion. Le fait que la préclusion ne pouvait pas être invoquée au moment où le droit en equity a pris naissance n'a aucune importance. Il faut envisager de façon large les attentes de Max. Contrairement à ce que soutient le juge Brown, le minimum nécessaire pour donner effet au droit en equity et le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal dans la détermination de la réparation à accorder ne sont pas circonscrits par le moment où le droit en equity est devenu un droit de nature propriétaire ou le moment où la cause d'action a pris naissance : [TRADUCTION] « La valeur de ce droit en equity dépendra de toutes les circonstances, y compris l'attente et le préjudice. Le rôle du tribunal consiste à rendre justice. L'exigence la plus importante est qu'il doit y avoir proportionnalité entre l'attente et le préjudice » (*Jennings*, par. 36, le lord juge Aldous). Ce que le minimum nécessaire pour donner effet au droit en equity exige — notamment en ce qui a trait à la somme pour laquelle Gloria doit vendre sa part à Max — est déterminé par ce qu'il protège.

[57] Or, comme l'a reconnu la juge de première instance, donner effet au droit en equity en cause ne signifie pas que Gloria doive subir une perte. Si les choses s'étaient passées comme Max s'attendait

the property in early 2011 in exchange for its fair market value. She would have had the benefit of those funds during the intervening years. And her mother's estate would have been relieved of the cost of maintaining the property, increasing the residue in which Gloria and her siblings are to share equally.

[58] Max will therefore be entitled to purchase Gloria's interest in the property for \$223,333.33, plus an amount equal to the post-judgment interest that would be payable on a judgment in that amount issued on February 2, 2011, once Gloria has received that interest from Elizabeth's estate. Upon his acquisition of Gloria's interest in the property, Max is to account to the estate for the amount of any expenses incurred by the estate in maintaining the property since February 2, 2011.

[59] No submissions were made as to the existence of third party claims against the estate, which could rank in priority to the claims of the beneficiaries. Further, so long as beneficiaries are willing to pay the debts of the estate, the existence of such debts would not bar an *in specie* distribution of the property: see *Staub*, at para. 23. Nonetheless, this order will be subject to any third party claims against the estate that cannot be satisfied by the estate's other assets (such as Elizabeth's investments).

[60] I would allow the appeal and vary the trial judge's order accordingly, with costs to Max throughout.

The following are the reasons delivered by

BROWN J. —

### I. Introduction

[61] While I concur with the Chief Justice that the trial judge did not err in allowing Max Cowper-Smith's proprietary estoppel claim, I find

raisonnablement à ce qu'elles se passent, Gloria aurait renoncé à son intérêt dans la propriété au début de l'année 2011 en échange d'une somme équivalente à sa juste valeur marchande. Elle aurait bénéficié de ces fonds pendant les années qui ont suivi, et la succession de sa mère n'aurait pas eu à supporter le coût de l'entretien de la propriété, de sorte que le reliquat devant être partagé également entre Gloria et ses frères aurait été plus important.

[58] Max aura donc le droit d'acheter l'intérêt de Gloria dans la propriété pour la somme de 223 333,33 \$ — plus un montant représentant l'intérêt après jugement qui serait exigible en vertu d'un jugement au même montant rendu le 2 février 2011 — une fois que Gloria aura reçu cet intérêt de la succession d'Elizabeth. Après avoir acquis l'intérêt de Gloria dans la propriété, Max devra remettre à la succession le montant des dépenses engagées par celle-ci pour l'entretien de la propriété à compter du 2 février 2011.

[59] Aucun argument n'a été soulevé relativement à l'existence de revendications de tiers contre la succession, qui pourraient avoir priorité sur les demandes des bénéficiaires. De plus, dans la mesure où les bénéficiaires sont prêts à payer les dettes de la succession, l'existence de telles dettes n'empêche pas un partage en nature de la propriété (voir *Staub*, par. 23). Néanmoins, la présente ordonnance sera assujettie à toute revendication de tiers contre la succession à laquelle les autres éléments d'actif de la succession (comme les placements d'Elizabeth) ne permettent pas de satisfaire.

[60] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de modifier en conséquence l'ordonnance de la juge de première instance, avec dépens en faveur de Max devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BROWN —

### I. Introduction

[61] Bien que je souscrive à la conclusion de la Juge en chef selon laquelle la juge de première instance n'a pas commis d'erreur en faisant droit à la

myself in respectful disagreement regarding the appropriate remedy.

[62] Briefly, in cases of proprietary estoppel the proper remedy is the “minimum necessary to satisfy the equity” (reasons of the Chief Justice, at paras. 50 and 55-56). Where a promisor does not hold the promised right or benefit in the subject property at the time of making his or her promise, an equity capable of being satisfied via proprietary estoppel arises only if and when that right or benefit is acquired by the promisor. In this case, Gloria Morgan will not attain the promised property until the date of this Court’s order. The minimum necessary to satisfy the equity cannot, therefore, be an order permitting Max to purchase the property as of a time which pre-dates the equity itself.

## II. Analysis

*The Test for Proprietary Estoppel Requires a Proprietary Right Which Cannot Arise Until the Promisor Holds the Promised Right or Benefit*

[63] As the Chief Justice explains, a claim in proprietary estoppel requires a court to make three determinations:

- (1) Is an equity established?
- (2) If an equity is established, what is the extent of the equity?
- (3) What remedy is appropriate to satisfy the equity?

(*Idle-O Apartments Inc. v. Charlyn Investments Ltd.*, 2014 BCCA 451, [2015] 2 W.W.R. 243, at para. 49; *Sabey v. von Hopffgarten Estate*, 2014 BCCA 360, 378 D.L.R. (4th) 64, at para. 25, citing *Crabb v. Arun District Council*, [1976] 1 Ch. 179 (C.A.), at pp. 192-93.)

[64] As to the first determination — whether an equity is established — I agree with the Chief Justice

demande de Max Cowper-Smith fondée sur la préclusion propriétaire, je ne partage pas son avis sur la réparation qu’il convient d’accorder.

[62] En résumé, dans les affaires de préclusion propriétaire, la réparation appropriée est « le minimum nécessaire pour donner effet au droit en equity » (motifs de la Juge en chef, par. 50 et 55-56). Lorsqu’un promettant n’est pas titulaire du droit ou de l’avantage promis à l’égard du bien visé au moment où il fait sa promesse, le droit en equity auquel la préclusion propriétaire permet de donner effet ne prend naissance que si, et au moment où, le promettant acquiert ce droit ou cet avantage. En l’espèce, Gloria Morgan n’acquerra le bien promis qu’à la date de l’ordonnance de la Cour. Le minimum nécessaire pour donner effet au droit en equity ne peut donc pas être une ordonnance permettant à Max d’acheter le bien à une date antérieure à la naissance du droit en equity lui-même.

## II. Analyse

*Le critère de la préclusion propriétaire exige l’existence d’un droit propriétaire qui ne peut prendre naissance tant que le promettant n’est pas titulaire du droit ou de l’avantage promis*

[63] Comme l’explique la Juge en chef, le tribunal saisi d’une demande fondée sur la préclusion propriétaire doit trancher trois questions :

- (1) Un droit en equity a-t-il été établi?
- (2) Si un droit en equity est établi, quelle en est l’étendue?
- (3) Quelle est la réparation appropriée pour donner effet au droit en equity?

(*Idle-O Apartments Inc. c. Charlyn Investments Ltd.*, 2014 BCCA 451, [2015] 2 W.W.R. 243, par. 49; *Sabey c. von Hopffgarten Estate*, 2014 BCCA 360, 378 D.L.R. (4th) 64, par. 25, citant *Crabb c. Arun District Council*, [1976] 1 Ch. 179 (C.A.), p. 192-193.)

[64] Pour ce qui est de la première question à trancher — celle de savoir si un droit en equity a été



that an equity arises under the doctrine of proprietary estoppel where

(1) a representation or assurance is made to the claimant, on the basis of which the claimant expects that he will enjoy some right or benefit over property; (2) the claimant relies on that expectation by doing or refraining from doing something, and his reliance is reasonable in all the circumstances; and (3) the claimant suffers a detriment as a result of his reasonable reliance, such that it would be unfair or unjust for the party responsible for the representation or assurance to go back on her word . . . . [Emphasis added.]

(Reasons of the Chief Justice, at para. 15; *Idle-O*, at para. 49; *Sabey*, at para. 27; *Clarke v. Johnson*, 2014 ONCA 237, 371 D.L.R. (4th) 618, at paras. 48 and 52; *Tiny (Township) v. Battaglia*, 2013 ONCA 274, 305 O.A.C. 372, at para. 131; and *Schwark Estate v. Cutting*, 2010 ONCA 61, 316 D.L.R. (4th) 105, at paras. 16 and 34)

[65] Generally, the promisor who makes the “representation or assurance” regarding the “right or benefit” must hold the promised right or benefit at the time of making the promise (*Idle-O*, at para. 49; *Sabey*, at para. 30; *Clarke*, at para. 26; *Tiny*, at para. 131; *Schwark*, at para. 16; but see *Thorner v. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 1 W.L.R. 776, at para. 61). The question presented by this appeal, then, is whether an equity sufficient to ground a claim in proprietary estoppel *may* still arise where the promisor does *not* in fact hold that right or benefit at the time of making the promise. While I agree with the Chief Justice that it can, my principal disagreement is on the time at which such an equity arises. While the Chief Justice finds that it arises at the moment of detrimental reliance, I view it as arising only if and when the promisor obtains the right or benefit that was promised to the claimant. Where, as here, a promisor’s attainment of the promised right or benefit rests upon the satisfaction of a future contingency, no equity capable of being remedied

établi — je suis d’accord avec la Juge en chef pour dire que, suivant la doctrine de la préclusion propriétaire, les circonstances suivantes donnent naissance à un droit en equity :

. . . (1) une déclaration est faite au demandeur ou une assurance est donnée à celui-ci, sur le fondement de laquelle le demandeur s’attend à bénéficier d’un certain droit ou avantage dans un bien; (2) le demandeur s’appuie sur cette attente en faisant quelque chose ou en s’abstenant de faire quelque chose, et cet acte de confiance est raisonnable eu égard à l’ensemble des circonstances; (3) le demandeur subit un préjudice en raison de son acte de confiance raisonnable, de sorte qu’il serait inéquitable ou injuste que la partie à l’origine de la déclaration ou de l’assurance revienne sur sa parole . . . . [Je souligne.]

(Motifs de la Juge en chef, par. 15; *Idle-O*, par. 49; *Sabey*, par. 27; *Clarke c. Johnson*, 2014 ONCA 237, 371 D.L.R. (4th) 618, par. 48 et 52; *Tiny (Township) c. Battaglia*, 2013 ONCA 274, 305 O.A.C. 372, par. 131; *Schwark Estate c. Cutting*, 2010 ONCA 61, 316 D.L.R. (4th) 105, par. 16 et 34)

[65] Généralement, le promettant qui fait la « déclaration » ou qui donne l’« assurance » doit être titulaire du « droit » ou de l’« avantage » promis au moment où il fait la promesse (*Idle-O*, par. 49; *Sabey*, par. 30; *Clarke*, par. 26; *Tiny*, par. 131; *Schwark*, par. 16; mais voir *Thorner c. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 1 W.L.R. 776, par. 61). La question soumise en l’espèce est donc de savoir si un droit en equity suffisant pour justifier une demande fondée sur la préclusion propriétaire *peut* quand même prendre naissance lorsque le promettant n’est *pas* en fait titulaire de ce droit ou de cet avantage au moment où il fait la promesse. Bien que je convienne avec la Juge en chef qu’un tel droit peut naître, le principal point sur lequel je suis en désaccord avec elle concerne le moment où celui-ci prend naissance. Alors que la Juge en chef est d’avis qu’il prend naissance au moment de l’acte de confiance préjudiciable, j’estime pour ma part qu’il ne naît que si, et au moment où, le promettant obtient le droit ou l’avantage qui a été promis au demandeur.

through proprietary estoppel can arise until that contingency is satisfied.

[66] The Chief Justice states that, where a representation or assurance is made pertaining to a right or benefit which the promisor does not hold at the time of the promise, an inchoate equity nonetheless arises in favour of the claimant at the moment of the claimant's detrimental reliance thereon. This is undoubtedly so. Courts in the United Kingdom, for example, have recognized that in such circumstances an equity may arise in favour of the claimant before the promisor holds the promised right or benefit (*Abbey National Building Society v. Cann*, [1991] 1 A.C. 56 (H.L.), at pp. 95 and 102; *Southern Pacific Mortgages Ltd. v. Scott*, [2014] UKSC 52, [2015] A.C. 385, at para. 79). But such an equity cannot confer a *proprietary* right in the promised property, but rather a mere *personal* right against the promisor (*Abbey*, at pp. 89 and 95; *Scott*, at paras. 104 and 111; S. Wilken and K. Ghaly, *The Law of Waiver, Variation, and Estoppel* (3rd ed. 2012), at §11.130). Before an equity capable of conferring a proprietary right can be shown to arise, the promisor must gain the right or benefit that was the subject of his or her promise “[s]ince no one can grant what he does not have” (*Abbey*, at p. 102). As Lord Collins explained for (on this point) a unanimous Supreme Court of the United Kingdom in *Scott*, at para. 79, “the [claimants] acquired no more than personal rights against the [promisors] when they agreed to sell their properties on the basis of the [promisors’] promises that they would be entitled to remain in occupation. Those rights would only become proprietary and capable of taking priority over a mortgage when they were fed by the [promisors’] acquisition of the legal estate on completion” (emphasis added).

Lorsque, comme en l’espèce, l’acquisition du droit ou de l’avantage promis dépend de la réalisation d’une éventualité, aucun droit en equity — dont une atteinte est susceptible d’être réparée au moyen de la préclusion propriétaire — ne peut prendre naissance tant que l’éventualité ne s’est pas réalisée.

[66] La Juge en chef affirme que, lorsqu’une déclaration est faite ou une assurance est donnée relativement à un droit ou à un avantage dont le promettant n’est pas titulaire au moment de la promesse, un droit virtuel en equity prend néanmoins naissance en faveur du demandeur au moment de l’acte de confiance préjudiciable du demandeur à l’égard de cette déclaration ou assurance. Cela ne fait aucun doute. Les tribunaux au Royaume-Uni, par exemple, ont reconnu que, dans de tels cas, un droit en equity pouvait prendre naissance en faveur du demandeur avant que le promettant ne soit titulaire du droit ou de l’avantage promis (*Abbey National Building Society c. Cann*, [1991] 1 A.C. 56 (H.L.), p. 95 et 102; *Southern Pacific Mortgages Ltd. c. Scott*, [2014] UKSC 52, [2015] A.C. 385, par. 79). Cependant, un tel droit en equity ne peut conférer de droit *propriétal* dans le bien promis; il accorde plutôt un simple droit *personnel* contre le promettant (*Abbey*, p. 89 et 95; *Scott*, par. 104 et 111; S. Wilken et K. Ghaly, *The Law of Waiver, Variation, and Estoppel* (3<sup>e</sup> éd. 2012), §11.130). Avant que l’on puisse établir l’existence d’un droit en equity susceptible de conférer un droit propriétaire, le promettant doit acquérir le droit ou l’avantage promis, [TRADUCTION] « [p]uisque nul ne peut accorder ce qu’il n’a pas » (*Abbey*, p. 102). Comme l’a expliqué lord Collins (sur ce point) au nom des juges unanimes de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l’arrêt *Scott*, par. 79, [TRADUCTION] « les [demandeurs] n’ont acquis rien de plus que des droits personnels contre les [promettants] lorsqu’ils ont consenti à vendre leurs propriétés sur le fondement des promesses des [promettants] selon lesquelles ils auraient le droit de demeurer occupants. Ces droits ne deviendraient propriétaires et susceptibles d’avoir priorité sur une hypothèque que lorsqu’ils seraient soutenus par l’acquisition, par les [promettants], du domaine juridique à la clôture de la transaction » (je souligne).

[67] The Chief Justice holds that it is unnecessary in this case to decide whether the inchoate equity which grounds the remedy in proprietary estoppel is personal or proprietary in nature (para. 15). Respectfully, I disagree. In my view, to qualify as an equity justifying the operation of proprietary estoppel, the equity must be proprietary, because it must be capable of compelling a promisor to relinquish a proprietary right which he or she actually holds. While the three conditions necessary to prove an equity under the test for proprietary estoppel do not explicitly state this requirement, the broader question which those conditions serve to answer demonstrates that this is so. Specifically, those three conditions have been described as part of a broader inquiry into whether it would be “unconscionable” to permit the promisor to renege on the promise made to the claimant (*Crabb*, at p. 195; *Sabey*, at para. 27; *Idle-O*, at para. 61). The concept of unconscionability is not a separate element of the test for establishing the equity sufficient to ground proprietary estoppel, but rather serves as a mechanism for “unifying and confirming” the three conditions (*Yeoman’s Row Management Ltd. v. Cobbe*, [2008] UKHL 55, [2008] 4 All E.R. 713, at para. 92). In this sense, the three conditions are designed to answer the question of “whether upon the facts of the particular case the situation has become such that it would be dishonest or unconscionable for the plaintiff, or the person having the right sought to be enforced, to continue to seek to enforce it” (*Taylor’s Fashions Ltd. v. Liverpool Victoria Trustees Co.*, [1982] 1 Q.B. 133 (Ch.), at p. 154 (emphasis added); see also *Crabb*, at p. 195). Alternatively put, “[t]he equity of estoppel arises in an ‘inchoate’ form as soon as . . . the landowner unconscionably sets up his rights adversely to the legitimate demands of the estoppel claimant” (K. Gray and S. F. Gray, *Land Law* (5th ed. 2007), at §10.22 (emphasis added)).

[67] La Juge en chef conclut qu’il n’est pas nécessaire en l’espèce de décider si le droit virtuel en equity sur lequel repose le recours fondé sur la préclusion propriétaire est de nature personnelle ou propriétaire (par. 15). Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord. Selon moi, pour constituer un droit en equity justifiant l’application de la préclusion propriétaire, le droit en equity en cause doit être de nature propriétaire, parce qu’il doit être susceptible de contraindre un promettant à renoncer à un droit propriétaire dont il est effectivement titulaire. Bien que cette exigence ne soit pas explicitement énoncée dans les trois conditions nécessaires pour prouver l’existence d’un droit en equity suivant le critère de la préclusion propriétaire, elle ressort de la question plus large à laquelle ces conditions permettent de répondre. Plus précisément, ces trois conditions ont été décrites comme faisant partie d’un examen plus large visant à déterminer s’il serait [TRADUCTION] « inique » de permettre au promettant de manquer à la promesse qu’il a faite au demandeur (*Crabb*, p. 195; *Sabey*, par. 27; *Idle-O*, par. 61). La notion d’iniquité n’est pas un élément distinct du critère servant à établir l’existence d’un droit en equity suffisant pour justifier l’application de la préclusion propriétaire, mais elle tient plutôt lieu de mécanisme permettant d’[TRADUCTION] « unifi[er] et confirm[er] » les trois conditions (*Yeoman’s Row Management Ltd. c. Cobbe*, [2008] UKHL 55, [2008] 4 All E.R. 713, par. 92). En ce sens, les trois conditions visent à répondre à la question de savoir [TRADUCTION] « si, eu égard aux faits de l’espèce, la situation est devenue telle qu’il serait malhonnête ou inique que le demandeur, ou la personne titulaire du droit que l’on cherche à faire respecter, continue de tenter de faire respecter celui-ci » (*Taylor’s Fashions Ltd. c. Liverpool Victoria Trustees Co.*, [1982] 1 Q.B. 133 (Ch.), p. 154 (je souligne); voir aussi *Crabb*, p. 195). Autrement dit, [TRADUCTION] « [l]e droit en equity qui sous-tend la préclusion prend naissance sous forme “virtuelle” dès que . . . le propriétaire foncier fait iniquement valoir ses droits de façon préjudiciable aux exigences légitimes de l’auteur de la demande fondée sur la préclusion » (K. Gray et S. F. Gray, *Land Law* (5<sup>e</sup> éd. 2007), §10.22 (je souligne)).

[68] Where the promisor does not yet have the benefit or interest which was promised to the claimant, the test for unconscionability as described above cannot be met. Indeed, in such circumstances, the personal equitable right that results from the claimant's detrimental reliance arises specifically because the promisor does not yet hold the "right or benefit" that was the subject of his or her promise. At that point, it would be impossible to find that it is unconscionable for the promisor to "continue to seek to enforce" his or her legal right to the promised right or benefit, since the promisor has yet to obtain that right or benefit.

[69] In my respectful view, imprecision in characterizing the type of equitable interest at stake in these cases risks introducing legal uncertainty to cases where competing equitable claims are advanced in relation to the same property. More particularly, the notion that a mere personal equitable right may be sufficient to give rise to a proprietary estoppel is difficult to reconcile with the principles governing the priority of equitable interests in land (*Snell's Equity* (33rd ed. 2015), by J. McGhee, at para. 4-047). In the United Kingdom, the House of Lords and, in turn, the Supreme Court have each recognized that where a promise gives rise to a merely personal equitable right in favour of the claimant (because the promisor does not have the promised right or benefit at the time of his or her promise), the promisor's subsequent acquisition of the right or benefit does not permit the claimant to assert an equity which takes priority over a third party's proprietary right that was established in the meantime — that is, after the claimant's personal equitable right against the promisor arose, but before the promisor attained the right or benefit. Seen in this light, Lord Collins' statement at para. 79 in *Scott*, cited above, that mere personal rights "would only become proprietary and capable of taking priority over a mortgage when they were fed by the [promisor's] acquisition of the [promised right or benefit]" is not a suggestion that personal equitable rights could be retroactively transformed into proprietary rights. Rather, he meant that the establishment of the equity underlying the claimant's personal right prior to the establishment of the third party's proprietary right is insufficient to

[68] Dans le cas où le promettant n'est pas encore titulaire de l'avantage ou de l'intérêt ayant été promis au demandeur, le critère de l'iniquité décrit ci-dessus ne peut être respecté. En effet, dans une telle situation, le droit personnel en equity qui résulte de l'acte de confiance préjudiciable du demandeur prend naissance précisément parce que le promettant n'est pas encore titulaire du « droit » ou de l'« avantage » qu'il a promis. À ce stade, il serait impossible de conclure qu'il est inique que le promettant « continue de tenter de faire respecter » le droit dont il dispose à l'égard du droit ou de l'avantage promis, puisque le promettant n'a pas encore obtenu ce droit ou cet avantage.

[69] À mon humble avis, l'imprécision dans la caractérisation du type d'intérêt en equity en cause dans ces affaires risque d'introduire une incertitude juridique dans les affaires où des demandes en equity concurrentes sont présentées relativement au même bien. Plus particulièrement, l'idée qu'un simple droit personnel en equity puisse être suffisant pour qu'il y ait préclusion propriétaire est difficilement conciliable avec les principes régissant la priorité d'intérêts fonciers en equity (*Snell's Equity* (33<sup>e</sup> éd. 2015), par J. McGhee, par. 4-047). Au Royaume-Uni, la Chambre des lords et, par la suite, la Cour suprême ont chacune reconnu que lorsqu'une promesse donne naissance à un simple droit personnel en equity en faveur du demandeur (parce que le promettant n'est pas titulaire du droit ou de l'avantage promis au moment où il fait sa promesse), l'acquisition subséquente, par le promettant, du droit ou de l'avantage en question ne permet pas au demandeur de faire valoir un droit en equity ayant priorité sur le droit propriétaire d'un tiers qui a été établi entre-temps — c'est-à-dire après la naissance du droit personnel en equity du demandeur contre le promettant, mais avant que le promettant n'acquière ce droit ou cet avantage. Examiné sous cet angle, l'affirmation de lord Collins au par. 79 de l'arrêt *Scott*, précité, selon laquelle de simples droits personnels « ne deviendraient propriétaires et susceptibles d'avoir priorité sur une hypothèque que lorsqu'ils seraient soutenus par l'acquisition par [le promettant] du [droit ou avantage promis] » ne revient pas à dire que des droits personnels en equity pourraient être

elevate the claimant's personal right so as to displace the priority enjoyed by the third party's proprietary right (*Scott*, at para. 71; *Abbey*, at pp. 89 and 95; see also *Watson v. Goldsbrough*, [1986] 1 E.G.L.R. 265 (C.A.)). But were it possible, as is necessarily suggested by the Chief Justice's reasons, to satisfy the requirement for "an equity" within the test for proprietary estoppel by showing a mere personal equitable right, priority could be accorded to an interest that does not ground an equitable claim in land, to the detriment of an interest that does.

[70] I add this. If it is clear that, in cases of competing proprietary claims, the prior establishment of a personal right cannot be considered when determining the priority of those claims, it is all the more puzzling that a claimant's establishment of a personal right should be at all relevant where, as here, a competing proprietary equitable claim does *not* exist. In other words, the only underlying equity that should *ever* be considered in determining whether the test for proprietary estoppel is satisfied is one capable of conferring a proprietary right.

[71] It follows that I disagree that, in this case, the requisite equity was established at the moment of Max's detrimental reliance. In my view, it will only arise from the moment that Gloria holds the right or benefit that was the subject of her promise to Max — that is, from the time that this Court orders her, as executor, to "divide the property forthwith into equal one-third interests and deliver these to herself, Max and Nathan [Cowper-Smith] as beneficiaries of Elizabeth's estate" (reasons of the Chief Justice, at para. 44). While I agree with the Chief Justice that a court's task, when determining the remedy which is "appropriate to satisfy the equity" (para. 17) under the test for proprietary estoppel,

rétroactivement transformés en droits propriétaires. Lord Collins voulait plutôt dire que l'établissement du droit en equity qui sous-tend le droit personnel du demandeur avant l'établissement du droit propriétaire du tiers est insuffisant pour élever le droit personnel du demandeur de manière à écarter la priorité dont jouit le droit propriétaire du tiers (*Scott*, par. 71; *Abbey*, p. 89 et 95; voir aussi *Watson c. Goldsbrough*, [1986] 1 E.G.L.R. 265 (C.A.)). Toutefois, si, comme tendent nécessairement à l'indiquer les motifs de la Juge en chef, l'établissement d'un simple droit personnel en equity permettait de satisfaire à l'exigence du critère de la préclusion propriétaire relative à l'existence d'un « droit en equity », la priorité pourrait être accordée à un intérêt qui ne justifie pas une demande en equity relative à un bien-fonds, au préjudice d'un intérêt qui justifie une telle demande.

[70] J'ajouterais ceci. S'il est clair que, dans les affaires intéressant des demandes concurrentes de nature propriétaire, l'établissement préalable d'un droit personnel ne saurait être pris en compte lorsqu'il s'agit de statuer sur la priorité de ces demandes, il est d'autant plus curieux que l'établissement d'un tel droit par le demandeur doive se voir reconnaître la moindre pertinence dans les cas où, comme en l'espèce, il *n'y a pas* de demande concurrente de nature propriétaire en equity. Autrement dit, *le seul* droit en equity sous-jacent qui doit être pris en compte pour décider si le critère de la préclusion propriétaire est respecté est un droit susceptible de conférer un droit propriétaire.

[71] Il en résulte que je suis en désaccord avec la proposition selon laquelle, en l'espèce, le droit en equity nécessaire a été établi au moment de l'acte de confiance préjudiciable de Max. À mon avis, ce droit ne prendra naissance qu'à partir du moment où Gloria sera titulaire du droit ou de l'avantage qu'elle a promis à Max — c'est-à-dire le moment où notre Cour lui ordonnera, en sa qualité d'exécutrice testamentaire, « de partager immédiatement la propriété en intérêts égaux d'un tiers qu'elle remettra à Max, à Nathan [Cowper-Smith] et à elle-même à titre de bénéficiaires de la succession d'Elizabeth » (motifs de la Juge en chef, par. 44). Bien que je sois d'accord avec la Juge en chef pour dire que le rôle du

is “to do justice” (para. 56, citing *Jennings v. Rice*, [2002] EWCA Civ. 159, [2003] 1 P. & C.R. 100, at para. 36), “do[ing] justice” — even at equity — does not permit a court to take into consideration a merely personal equitable right. Therefore, the minimum necessary to satisfy the equity, once it arises, is to permit Max to purchase Gloria’s one-third share of the property as of the date of this Court’s order.

### III. Conclusion

[72] I would allow the appeal and vary the trial judge’s order as proposed by the Chief Justice, save that I would permit Max to purchase Gloria’s one-third interest in the property at its fair market value as of the date of this Court’s order.

The following are the reasons delivered by

[73] CÔTÉ J. — I concur with the Chief Justice that a proprietary estoppel claim can arise even where a promisor had no ownership interest in the property at the time the promise was made. I also agree that a promisee’s reliance is not unreasonable, as a matter of law, solely because the promisor does not own the property at the time the promisee acts, to his or her detriment, in reliance on the promise.

[74] However, I part ways with both the Chief Justice and Justice Brown as to scope of the Court’s remedial power in this case. In my view, a court cannot order an executor to distribute shares of an estate in a manner that disregards the testator’s express intent for the sole purpose of enabling a beneficiary to make good on her promise to a third party. This principle holds true even where, as here, that beneficiary — the defendant in a proprietary estoppel action — also happens to serve as the estate’s executor.

tribunal dans la détermination de la réparation qui « convient » pour « donner effet au droit en equity » (par. 17) selon le critère de la préclusion propriétaire consiste à [TRADUCTION] « rendre justice » (par. 56, citant *Jennings c. Rice*, [2002] EWCA Civ. 159, [2003] 1 P. & C.R. 100, par. 36), le fait de « rendre justice » — même en equity — ne permet pas à un tribunal de prendre en considération un simple droit personnel en equity. En conséquence, le minimum nécessaire pour donner effet au droit en equity, dès qu’il prendra naissance, est de permettre à Max d’acheter la part d’un tiers de Gloria dans la propriété à la date de l’ordonnance de la Cour.

### III. Conclusion

[72] J’accueillerais le pourvoi et je modifierais l’ordonnance de la juge de première instance comme le propose la Juge en chef; je permettrais toutefois à Max d’acheter l’intérêt que détient Gloria sur le tiers de la propriété à sa juste valeur marchande à la date de l’ordonnance de la Cour.

Version française des motifs rendus par

[73] LA JUGE CÔTÉ — Je souscris à l’opinion de la Juge en chef selon laquelle il est possible d’invoquer la préclusion propriétaire même si le promettant ne détenait aucun intérêt propriétaire dans le bien en cause au moment de la promesse. Je conviens également que la décision par le destinataire de la promesse de s’y fier n’est pas déraisonnable en droit simplement parce que le promettant n’est pas propriétaire du bien au moment où le destinataire de la promesse agit à son préjudice en s’y fiant.

[74] Toutefois, je diverge d’opinion avec la Juge en chef et le juge Brown quant à l’étendue du pouvoir de réparation dont dispose la Cour en l’espèce. À mon avis, un tribunal ne peut ordonner à un exécuteur testamentaire de procéder à la distribution de la succession sans tenir compte de l’intention expresse du testateur, et ce, à la seule fin de permettre à un bénéficiaire de tenir la promesse qu’il a faite à un tiers. Ce principe s’applique même lorsque, comme en l’espèce, ce bénéficiaire — la défenderesse dans une action fondée sur la préclusion propriétaire — agit également comme exécuteur testamentaire.

[75] Elizabeth’s last will and testament was unambiguous in expressly vesting the executor, Gloria, with discretion in the administration of her estate. Elizabeth directed that Gloria “may convert [the] estate . . . into money, and decide how, when, and on what terms”, or that she “may keep [the] estate, or any part of it, in the form it is in at [Elizabeth’s] death” (A.R., at p. 101). In other words, Elizabeth did not specifically bequeath the property at issue in this appeal. She entrusted Gloria to decide its fate, including whether or not it should be sold.

[76] “[T]he golden rule in interpreting wills is to give effect to the testator’s intention as ascertained from the language which he has used” (*Browne v. Moody*, [1936] 4 D.L.R. 1 (P.C.), at pp. 4-5; see also *National Trust Co. v. Fleury*, [1965] S.C.R. 817, at pp. 828-29; *Feeney’s Canadian Law of Wills* (4th ed. (loose-leaf)), by J. MacKenzie, at §10.1). The importance of testamentary autonomy is firmly rooted in our law. As McLachlin J. (as she then was) previously noted, a will “is the exercise by the testator of his freedom to dispose of his property and is [not] to be interfered with . . . lightly” (*Tataryn v. Tataryn Estate*, [1994] 2 S.C.R. 807, at p. 824) (see also *Re Burke* (1959), 20 D.L.R. (2d) 396 (Ont. C.A.), at p. 398: “. . . the Court should strive to give effect to [the testator’s intention] and should do so unless there is some rule or principle of law that prohibits it from doing so”).

[77] The effect of the Court’s remedy in this appeal — an order compelling Gloria to transfer shares of the property to the estate’s beneficiaries — is to substitute the Court’s own judgment for that of Gloria in determining how the property should be administered. It effectively creates a specific bequest that Elizabeth herself opted not to make. The fact that Elizabeth contemplated the possibility of an *in specie* distribution does not make a court-ordered distribution consistent with her wishes. The relevant intent at issue is that Elizabeth wanted Gloria, not the courts, to decide how her estate should be managed. With great respect, I am of

[75] Le testament d’Elizabeth accordait expressément et sans équivoque à l’exécutrice testamentaire, Gloria, un pouvoir discrétionnaire dans l’administration de la succession. Elizabeth a indiqué que Gloria [TRADUCTION] « peut réaliser l’actif de [l]a succession [. . .], et décider de quelle manière, à quel moment et à quelles conditions [elle] le fera », ou encore qu’elle « peut conserver tout ou partie de [l]a succession dans la forme où elle se trouve [au] décès [d’Elizabeth] » (d.a., p. 101). Autrement dit, Elizabeth n’a pas légué spécifiquement la propriété en cause dans le présent pourvoi. Elle a confié à Gloria le soin de décider du sort de celle-ci, notamment de déterminer s’il convenait ou non de la vendre.

[76] [TRADUCTION] « [L]a règle d’or en matière d’interprétation des testaments consiste à donner effet à l’intention du testateur telle qu’elle ressort des termes qu’il a employés » (*Browne c. Moody*, [1936] 4 D.L.R. 1 (C.P.), p. 4-5; voir aussi *National Trust Co. c. Fleury*, [1965] R.C.S. 817, p. 828-829; *Feeney’s Canadian Law of Wills* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), par J. MacKenzie, §10.1). L’importance de l’autonomie testamentaire est fermement ancrée dans notre droit. Comme l’a déjà dit la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), le testament « est l’exercice par le testateur de la liberté de disposer de ses biens et il ne doit pas être modifié à la légère » (*Tataryn c. Succession Tataryn*, [1994] 2 R.C.S. 807, p. 824) (voir aussi *Re Burke* (1959), 20 D.L.R. (2d) 396 (C.A. Ont.), à la p. 398 : [TRADUCTION] « . . . le tribunal doit s’efforcer de donner effet à [l’intention du testateur], à moins qu’une règle ou un principe de droit ne l’en empêche »).

[77] En accordant la réparation qu’elle accorde dans le présent pourvoi — une ordonnance enjoignant à Gloria de transférer aux bénéficiaires de la succession leur part dans la propriété — la Cour se trouve à substituer son propre jugement à celui de Gloria et à décider de la façon dont le bien devrait être administré. La Cour crée dans les faits un legs spécifique qu’Elizabeth a elle-même choisi de ne pas faire. Le fait qu’Elizabeth ait envisagé la possibilité d’un partage en nature ne rend pas un partage ordonné judiciairement conforme à ses volontés. L’intention pertinente en l’espèce est qu’Elizabeth voulait que ce soit Gloria — et non les tribunaux

the view that equity affords no justification for disregarding that intent — especially since Max would be free to purchase the property (using, in part, his share of the sale proceeds) if Gloria did decide to sell it at auction.

[78] It is convenient, in this case, that Gloria stands in the shoes of both beneficiary and executor. But if Gloria had resigned as executor, or if someone else had been appointed in the first place, what jurisdiction would this Court have to order that executor to distribute shares of the property in a particular manner? In my view, those scenarios are no different than the case at bar. The distinction between Gloria *qua* executor and Gloria *qua* beneficiary should not be casually cast aside in the interests of equity, particularly where the effect is to disregard the express intent of the testatrix.

[79] The Chief Justice’s answer is that “[w]here a will allows for executorial discretion, an *in specie* distribution of real property may be effected by an executor with the consent of all beneficiaries”, and that Gloria is unreasonably withholding her consent (para. 40). There is no question in this appeal that Gloria has the executorial authority to make an *in specie* distribution — this power is expressly provided for in Elizabeth’s will. But as to Gloria’s interest as a beneficiary, she may have good reason to prefer a sale of the property instead of giving her consent to an *in specie* distribution. If the property is sold and the proceeds are distributed among the three beneficiaries, Gloria will receive a one-third share at current market value. If the property is distributed *in specie*, she will be compelled to sell her share of the property to Max for, as the reasons of the Chief Justice indicate, one third of the property’s appraised value in 2011, which the parties agree is lower than the current value of the property. Thus, regardless of whether she is the executor, it would not be unreasonable for Gloria, *qua* beneficiary, to refuse to consent to an *in specie* distribution. It is improper to compel her to consent to an *in specie* distribution in this context. It is noteworthy that the promise Gloria made was to *sell* her third of the

— qui décide de la façon dont sa succession devrait être gérée. Avec égards, je suis d’avis que l’équité ne permet aucunement de faire abstraction de cette intention — d’autant plus que Max serait libre d’acheter la propriété (en utilisant, entre autres, sa part du produit de la vente) si Gloria décidait de la vendre aux enchères.

[78] Il appert qu’en l’espèce, Gloria est à la fois bénéficiaire et exécutrice testamentaire. Mais, si elle avait démissionné comme exécutrice testamentaire, ou si quelqu’un d’autre avait été nommé en premier lieu, la Cour aurait-elle eu le pouvoir d’ordonner à l’exécuteur testamentaire de partager le bien d’une façon particulière? À mon avis, la situation qui nous occupe n’est pas différente de ces scénarios. La distinction entre Gloria en sa qualité d’exécutrice testamentaire et Gloria en sa qualité de bénéficiaire ne saurait être écartée à la légère au nom de l’équité, surtout si cela a pour effet de faire abstraction de l’intention expresse de la testatrice.

[79] La réponse de la Juge en chef est que, « [l]orsqu’un testament prévoit que l’exécuteur testamentaire dispose d’un pouvoir discrétionnaire, celui-ci peut, avec le consentement de tous les bénéficiaires, effectuer un partage en nature des biens réels », et que Gloria refuse de façon déraisonnable de donner son consentement (par. 40). Il ne fait aucun doute dans le présent pourvoi que Gloria a le pouvoir, en tant qu’exécutrice testamentaire, de procéder à un partage en nature — ce pouvoir est expressément prévu dans le testament d’Elizabeth. Toutefois, en ce qui a trait à son intérêt en tant que bénéficiaire, Gloria pourrait avoir de bonnes raisons de préférer la vente de la propriété au lieu de consentir à un partage en nature. Si la propriété est vendue et que le produit de la vente est partagé entre les trois bénéficiaires, Gloria recevra un tiers du produit de la vente de la propriété, à sa valeur marchande actuelle. Si la propriété est distribuée en nature, elle sera obligée de vendre sa part à Max pour, comme le souligne la Juge en chef dans ses motifs, le tiers de la valeur marchande de la propriété en 2011, valeur que les parties reconnaissent être inférieure à la valeur actuelle de la propriété. En conséquence, qu’elle soit ou non l’exécutrice testamentaire, il ne serait pas déraisonnable que Gloria, en sa qualité de



property, not to *give it away*. In the present case, the testatrix wanted each child to share equally in the residue of her estate. In a rising market, allowing Max to buy the one-third interest for a past price does not respect her wish, since it effectively gives Gloria less than one third of the current value of the estate, and correspondingly more to Max.

[80] Moreover, the fact that an *in specie* distribution may be effected with the consent of all beneficiaries does not imply that the executor is obligated to elect this option (see *Gunn Estate, Re*, 2010 PECA 13, 200 Nfld. & P.E.I.R. 197, at paras. 45 and 49; *Widdifield on Executors and Trustees* (6th ed. (loose-leaf)), by C. S. Thériault, heading 5.1.6). “[T]he intention of the testator or the settlor must be adhered to” in determining whether an *in specie* distribution is appropriate (*Gunn Estate*, at para. 45) and here, the testatrix intended that Gloria make that determination. If Gloria’s duties as executor are truly in conflict with her interests as a beneficiary such that there is a breach of fiduciary duty, the proper remedy is not to order an *in specie* distribution but to replace Gloria as executor (see, e.g., *Jackson Estate, Re* (2004), 192 O.A.C. 161, at paras. 8-9; *Re Smith*, [1971] 1 O.R. 584 (H.C.J.), at pp. 587-88; *Cooper v. Fenwick*, [1994] O.J. No. 2148 (QL) (Gen. Div.), at paras. 14-15 and 21). This would afford Max, Nathan, and Gloria the benefit of unbiased and sound advice regarding the administration of the estate. With respect, it is no answer, in my view, to order a different remedy simply because the installation of a new executor may involve some cost or delay.

bénéficiaire, refuse de consentir à un partage en nature. Dans ce contexte, il n’est pas justifié de l’obliger à consentir à cette forme de partage. Il importe de souligner que la promesse faite par Gloria, c’est qu’elle *vendrait* sa part d’un tiers du bien, et non qu’elle *en ferait don*. Dans le cas qui nous occupe, la testatrice voulait que chacun de ses enfants touche une part égale du reliquat de sa succession. Dans un marché à la hausse, permettre à Max d’acquérir un tiers de la propriété à un prix fondé sur une valeur passée ne respecte pas les volontés d’Elizabeth, puisque Gloria obtiendra dans les faits moins qu’un tiers de la valeur actuelle de la succession et que, corollairement, Max recevra davantage.

[80] De plus, le fait qu’un partage en nature puisse être effectué avec le consentement de tous les bénéficiaires ne signifie pas que l’exécuteur testamentaire est obligé de choisir cette option (voir *Gunn Estate, Re*, 2010 PECA 13, 200 Nfld. & P.E.I.R. 197, par. 45 et 49; *Widdifield on Executors and Trustees* (6<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), par C. S. Thériault, rubrique 5.1.6). [TRADUCTION] « [I]l faut respecter l’intention du testateur ou du disposant » lorsqu’on décide s’il convient ou non de procéder à un partage en nature (*Gunn Estate*, par. 45), et, en l’espèce, l’intention de la testatrice était que ce soit Gloria qui prenne une décision à cet égard. Si les devoirs de Gloria en tant qu’exécutrice testamentaire sont réellement en conflit avec ses intérêts en tant que bénéficiaire, de sorte qu’il y a manquement à son devoir fiduciaire, la réparation appropriée ne consiste pas à ordonner un partage en nature, mais plutôt à remplacer Gloria en tant qu’exécutrice testamentaire (voir, p. ex., *Jackson Estate, Re* (2004), 192 O.A.C. 161, par. 8-9; *Re Smith*, [1971] 1 O.R. 584 (H.C.J.), p. 587-588; *Cooper c. Fenwick*, [1994] O.J. No. 2148 (QL) (Div. gén.), par. 14-15 et 21). Cela permettrait à Max, à Nathan et à Gloria de bénéficier de conseils impartiaux et judicieux concernant l’administration de la succession. Avec égards, ordonner une réparation différente simplement parce que la nomination d’un nouvel exécuteur testamentaire pourrait occasionner des coûts ou des délais ne constitue pas, à mon avis, une solution adéquate dans une telle situation.

[81] For these reasons, I am of the view that this Court has no power to order Gloria to exercise her executorial discretion in a particular manner.

[82] However, if Gloria is ordered to distribute the property *in specie* and compelled to sell her share to Max, I concur with Justice Brown that the sale price should be determined by the value of the property as of the date of this Court's order. I would add that imposing a sale price equal to that value of the property would be consistent with the testatrix's wishes. Indeed, the testatrix wanted each child to share equally in the residue of her estate. In a rising market, letting Max buy the one-third interest for a past price does not respect her wishes since it effectively gives Gloria less than one third of the current value of the estate, and correspondingly more to Max.

[83] I would allow the appeal in part.

*Appeal allowed with costs throughout.*

*Solicitors for the appellant: League and Williams, Victoria; Vandergrift Legal, Ottawa; Supreme Law Group, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.*

[81] Pour ces motifs, j'estime que la Cour n'a pas compétence pour ordonner à Gloria d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'exécutrice testamentaire d'une façon particulière.

[82] Toutefois, s'il est ordonné à Gloria de distribuer la propriété en nature et qu'elle est obligée de vendre sa part à Max, je suis d'accord avec le juge Brown que le prix de la vente devrait être établi en fonction de la valeur de la propriété à la date de l'ordonnance de notre Cour. J'ajouterais que l'imposition d'un prix de vente égal à la valeur de la propriété à cette date serait conforme aux volontés de la testatrice. En fait, cette dernière voulait que chaque enfant touche une part égale du reliquat de sa succession. Dans un marché à la hausse, permettre à Max d'acquérir un tiers de la propriété à un prix fondé sur une valeur passée ne respecte pas les volontés d'Elizabeth, puisque Gloria obtiendra dans les faits moins qu'un tiers de la valeur actuelle de la succession et que, corollairement, Max recevra davantage.

[83] J'accueillerais le pourvoi en partie.

*Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.*

*Procureurs de l'appelant : League and Williams, Victoria; Vandergrift Legal, Ottawa; Supreme Law Group, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.*

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour suprême  
du Canada**

---

**Part 4, 2017 Vol. 2**

**4<sup>e</sup> cahier, 2017 Vol. 2**

Cited as [2017] 2 S.C.R. {  
i-iv  
795-1016

Renvoi [2017] 2 R.C.S. {  
i-iv  
795-1016

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.  
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
BARBARA KINCAID

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	Legal Counsel / Conseillers juridiques ANDRÉ GOLDENBERG	JACQUELINE STENCEL
JANICE CHENEY	LEE ANN GORMAN	LESLI TAKAHASHI
HARLEY D'AOÛT	KAREN LEVASSEUR	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	STÉPHANIE MORIN	RENÉE THÉRIALT
ANNE DES ORMEAUX	JOANNE NORMAN	RENÉE MARIA TREMBLAY
GENEVIÈVE DOMEY	IDA SMITH	ANNA TURINOV

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

DAVID AUBRY	Jurilinguists / Jurilinguistes MARIE-CHRISTIANE BOUCHER	MARIE RODRIGUE
STEPHEN BALOGH	JULIE BOULANGER	CLAIRE VALLÉE
	AUDRA POIRIER	

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
PETER O'DOHERTY

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques MINA CONNELLY	LAUREN KOSHURBA
AUDREY-ANNE BERGERON		LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0J1 together with the old address.*

*Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.*

## CONTENTS

Title Page .....	i
List of Judges .....	ii
Errata .....	iv
Motions .....	v
Table of Judgments .....	xiii
Table of Cases Cited .....	xvii
Statutes and Regulations Cited .....	xlvi
Authors Cited .....	xlix
Index .....	1005

### **British Columbia Human Rights Tribunal v. Schrenk ..... 795**

Human rights — Human Rights Tribunal — Jurisdiction — Discrimination — Employment — Act prohibiting a “person” from discriminating against someone “regarding employment” — Scope of prohibition — Complaint alleging discrimination at workplace by co-worker — Whether discrimination “regarding employment” can be perpetrated by someone other than complainant’s employer or superior — Whether British Columbia Human Rights Tribunal erred in finding that it had jurisdiction over complaint — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 1 “employment”, “person”, 13(1)(b), 27(1)(a).

### **Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of) ..... 855**

Torts — Duty of care — Negligence — Negligent misrepresentation — Auditor failing to discover fraud by company’s directors and company incurring losses — Proper application of analytical framework for establishing tort liability in cases of negligent misrepresentation or performance of service by auditor — Whether auditor breaching duty of care and therefore liable for company’s losses — Appropriate date from which to calculate quantum of damages.

### **R. v. Boutillier ..... 936**

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Sentencing — Dangerous offender — Designation — Whether sentencing judge precluded from considering future treatment prospects when deciding whether to designate an offender as dangerous

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Page titre .....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xv
Table de la jurisprudence .....	xxxix
Lois et règlements cités.....	xlvii
Doctrine et autres documents cités .....	xlix
Index .....	1011

### **British Columbia Human Rights Tribunal c. Schrenk ..... 795**

Droits de la personne — Tribunal des droits de la personne — Compétence — Discrimination — Emploi — Loi interdisant à une « personne » de faire preuve de discrimination envers une autre « relativement à son emploi » — Champ d’application de l’interdiction — Plainte faisant état d’allégations de discrimination de la part d’un collègue sur le lieu de travail — Est-ce qu’une personne autre que l’employeur ou le superviseur du plaignant peut se rendre coupable de discrimination « relativement à l’emploi »? — Le tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique a-t-il commis une erreur en concluant qu’il avait compétence pour examiner la plainte? — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, art. 1 « emploi », « personne », 13(1)(b), 27(1)(a).

### **Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de) ... 855**

Responsabilité délictuelle — Obligation de diligence — Négligence — Déclaration inexacte faite par négligence — Défaut du vérificateur de découvrir la fraude des administrateurs d’une société et pertes subies par la société — Application correcte du cadre d’analyse permettant d’établir la responsabilité délictuelle dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente d’un service par un vérificateur — Le vérificateur a-t-il manqué à l’obligation de diligence et est-il en conséquence responsable des pertes de la société? — Date à compter de laquelle il convient de calculer le montant des dommages-intérêts.

### **R. c. Boutillier ..... 936**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Détermination de la peine — Délinquant dangereux — Déclaration — Est-il interdit au juge de la peine de prendre en considération les perspectives de traitement futur lorsqu’il décide s’il

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

— If so, whether s. 753(1) overbroad contrary to s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 753(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Cruel and unusual punishment — Sentencing — Dangerous offender — Penalty — Indeterminate detention — Principles governing application of s. 753(4.1) of Criminal Code — Whether s. 753(4.1) overbroad by applying to offenders that could be monitored under long-term offender scheme — Whether s. 753(4.1) leads to grossly disproportionate sentence by presumptively imposing indeterminate detention and preventing judge from imposing fit sentence consistent with principles and objectives of sentencing under Criminal Code — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 753(4.1).

Criminal law — Sentencing — Dangerous offender — Indeterminate detention — Accused declared to be dangerous offender — Whether sentencing judge erred in imposing indeterminate sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 753(4), (4.1).

## SOMMAIRE (Fin)

y a lieu ou non de déclarer un délinquant dangereux? — Dans l'affirmative, l'art. 753(1) a-t-il une portée excessive en contravention avec l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 753(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Peines cruelles et inusitées — Détermination de la peine — Délinquant dangereux — Sanction — Détention pour une période indéterminée — Principes régissant l'application de l'art. 753(4.1) du Code criminel — L'article 753(4.1) a-t-il une portée excessive en ce qu'il s'applique à des délinquants qui pourraient être surveillés dans le cadre du régime des délinquants à contrôler? — L'article 753(4.1) a-t-il pour effet d'entraîner une peine exagérément disproportionnée en imposant par présomption une peine de détention pour une période indéterminée et en empêchant le juge de la peine d'infliger une peine juste conforme aux principes et aux objectifs de la détermination de la peine du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 et 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 753(4.1).

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquant dangereux — Détention pour une période indéterminée — Accusé déclaré délinquant dangereux — Le juge de la peine a-t-il fait erreur en imposant une peine de détention pour une période indéterminée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 753(4), (4.1).



**2017 Volume 2**  
**Canada Supreme Court Reports**  
**Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada**

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.  
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef  
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
BARBARA KINCAID

CLAIRE ZOË BIDER-HALL  
JANICE CHENEY  
HARLEY D'AOÛT  
VALERIE DESJARLAIS  
ANNE DES ORMEAUX  
GENEVIÈVE DOMEY

Legal Counsel / Conseillers juridiques  
ANDRÉ GOLDENBERG  
LEE ANN GORMAN  
KAREN LEVASSEUR  
STÉPHANIE MORIN  
JOANNE NORMAN  
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
RENÉE THÉRIAULT  
RENÉE MARIA TREMBLAY  
ANNA TURINOV

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

DAVID AUBRY  
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes  
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER  
JULIE BOULANGER  
AUDRA POIRIER

MARIE RODRIGUE  
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
PETER O'DOHERTY

SUZANNE AUDET  
AUDREY-ANNE BERGERON

Technical Revisors / Réviseurs techniques  
MINA CONNELLY

LAUREN KOSHURBA  
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ  
MANON PLOUFFE



**JUDGES**  
**OF THE**  
**SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable MICHAEL J. MOLDAVER

The Honourable ANDROMACHE KARAKATSANIS

The Honourable RICHARD WAGNER

The Honourable CLÉMENT GASCON

The Honourable SUZANNE CÔTÉ

The Honourable RUSSELL BROWN

The Honourable MALCOLM ROWE

On the 15th day of December 2017, the Right Honourable Beverly McLachlin, P.C., Chief Justice of Canada, resigned from the Bench.

On the 18th day of December 2017, the Honourable Richard Wagner, a judge of the Supreme Court of Canada, was appointed Chief Justice of Canada.

On the 18th day of December 2017, the Honourable Sheilah L. Martin, a judge of the Courts of Appeal of Alberta, the Northwest Territories and Nunavut, and a deputy judge for the Supreme Court of Yukon, was appointed a Judge of the Supreme Court of Canada.

**JUGES**  
**DE LA**  
**COUR SUPRÊME DU CANADA**

La très honorable BEVERLEY McLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable MICHAEL J. MOLDAVER

L'honorable ANDROMACHE KARAKATSANIS

L'honorable RICHARD WAGNER

L'honorable CLÉMENT GASCON

L'honorable SUZANNE CÔTÉ

L'honorable RUSSELL BROWN

L'honorable MALCOLM ROWE

Le 15 décembre 2017, la très honorable Beverly McLachlin, C.P., Juge en chef du Canada, a résigné ses fonctions.

Le 18 décembre 2017, l'honorable Richard Wagner, juge de la Cour suprême du Canada, a été nommé Juge en chef du Canada.

Le 18 décembre 2017, l'honorable Sheilah L. Martin, juge des cours d'appel de l'Alberta, des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut, et juge suppléante de la Cour suprême du Yukon, a été nommée juge à la Cour suprême du Canada.

## ERRATA

[1999] 1 S.C.R., p. 690, 2nd para., line 19; p. 724, para. 66 at (B); and p. 738, at (B); of the French version. Read “héritage ou de ses attaches autochtones” instead of “héritage ou attaches autochtones”.

[1999] 1 R.C.S., p. 690, 2<sup>e</sup> par., ligne 19; p. 724, par. 66 au point (B); et p. 738 au point (B); de la version française. Lire « héritage ou de ses attaches autochtones » au lieu de « héritage ou attaches autochtones ».

## MOTIONS — REQUÊTES

(July 27 to December 31, 2017 — 27 juillet au 31 décembre 2017)

- 852819 Alberta Ltd. v. Sovereign General Insurance Co.*, (Alta.), 37549, leave to appeal refused with costs, 10.8.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Amrane c. Université York*, (Ont.), 37599, leave to appeal refused with costs, 14.12.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. The Queen*, (F.C.), 37593, leave to appeal refused with costs, 14.12.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Assembly of Manitoba Chiefs v. Attorney General of Canada*, (Man.), 37466, leave to appeal refused, 17.8.17, autorisation d'appel refusée.
- Attorney General of Canada on behalf of the United States of America v. Fraser*, (B.C.) (Crim.), 37588, leave to appeal refused, 21.9.17, autorisation d'appel refusée.
- Azeff v. Ontario Securities Commission*, (Ont.), 37699, leave to appeal refused with costs, 14.12.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Barber v. Manufacturers Life Insurance Co.*, (Ont.), 37540, leave to appeal refused with costs, 3.8.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Barens v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37656, leave to appeal refused, 5.10.17, autorisation d'appel refusée.
- Barer v. Knight Brothers LLC*, (Que.), 37594, leave to appeal granted with costs in the cause, 16.11.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Béliveau v. Town of Sackville*, (N.B.), 37744, notice of discontinuance filed, 2.11.17, avis de désistement produit.
- Belway v. Lalande-Weber*, (Alta.), 37708, leave to appeal refused with costs, 21.12.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bernard v. Canada Revenue Agency*, (F.C.), 36834, leave to appeal refused with costs, 24.8.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bernard v. Close*, (F.C.), 37575, leave to appeal refused with costs, 24.8.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Berry v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37571, leave to appeal refused, 7.9.17, autorisation d'appel refusée.
- Bigras c. Investissements Monit inc.*, (Qc), 37597, leave to appeal refused with costs, 9.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Blair v. Virc*, (Ont.), 37678, leave to appeal refused with costs, 23.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Blueberry River First Nations v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36676, leave to appeal refused with costs, 14.9.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Branconnier c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 37607, leave to appeal refused, 14.12.17, autorisation d'appel refusée.
- Briante v. Vancouver Island Health Authority*, (B.C.), 37595, leave to appeal refused with costs, 28.9.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Brunette c. Legault Joly Thiffault, s.e.n.c.r.l.*, (Qc), 37566, leave to appeal granted with costs in the cause, 16.11.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

- Bumstead v. Dufresne*, (Alta.), 37622, leave to appeal refused with costs, 23.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cadman v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37714, leave to appeal refused, 30.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Canpotex Shipping Services Ltd. v. ING Bank N.V.*, (F.C.), 37553, leave to appeal refused with costs, 21.9.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cash House Inc. v. Trade Capital Finance Corp.*, (Ont.), 37619, leave to appeal refused with costs, 7.12.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cavric v. Ontario Securities Commission*, (Ont.), 37579, leave to appeal refused with costs, 21.9.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chapman v. GPM Investment Management and Integrated Asset Management Corp.*, (Ont.), 37592, leave to appeal refused with costs, 26.10.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chowdhury v. Toronto Community Housing Corporation*, (Ont.), 37677, leave to appeal refused with costs, 23.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Collins v. Attorney General of Ontario*, (Ont.), 37638, leave to appeal refused with costs, 19.10.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire de Montréal*, (Qc), 37538, leave to appeal refused with costs, 17.8.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Construction Savite inc. c. Procova inc.*, (Qc), 37536, leave to appeal refused, 24.8.17, autorisation d'appel refusée.
- Currie v. Attorney General of Ontario*, (Ont.), 37585, leave to appeal refused with costs, 26.10.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- D.P. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37658, leave to appeal refused, 23.11.17, autorisation d'appel refusée.
- d'Abadie v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 37507, leave to appeal refused, 28.9.17, autorisation d'appel refusée.
- Dale v. Frank*, (Ont.), 37494, leave to appeal refused with costs, 12.10.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Deloitte & Touche v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, (Ont.), 37434, notice of discontinuance filed, 2.10.17, avis de désistement produit.
- Deslaurier Custom Cabinets Inc. v. 1728106 Ontario Inc.*, (Ont.), 37039, leave to appeal refused with costs, 19.10.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Douglas v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 37700, leave to appeal refused, 21.12.17, autorisation d'appel refusée.
- Drolet-Savoie v. Tribunal des professions*, (Que.), 37666, leave to appeal refused with costs, 21.12.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dunkers v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37618, leave to appeal refused, 5.10.17, autorisation d'appel refusée.
- Eckstein v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37782, leave to appeal granted, 23.11.17, autorisation d'appel accordée.
- ExxonMobil Canada Properties v. Hebron Project Employers' Association Inc.*, (N.L.), 37628, leave to appeal refused with costs, 21.12.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Février c. Agence du revenu du Québec*, (Qc), 37583, leave to appeal refused, 23.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Flock v. McKen*, (Alta.), 37552, leave to appeal refused with costs, 19.10.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Forgac v. Bombardier Inc.*, (Que.), 37611, leave to appeal refused with costs, 14.12.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gayle v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37655, leave to appeal refused, 9.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Geophysical Service Inc. v. EnCana Corp.*, (Alta.), 37634, leave to appeal refused with costs, 30.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Gestion Christian Patron inc. c. Banque Royale du Canada*, (Qc), 37504, leave to appeal refused with costs, 12.10.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Giesbrecht c. Héritiers de feu Michel Nadeau*, (Qc), 37545, leave to appeal refused with costs, 9.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gosselin v. The Queen*, (Que.) (Crim.), 37527, leave to appeal refused, 17.8.17, autorisation d'appel refusée.
- Grenon v. Canada Revenue Agency*, (Alta.), 37584, leave to appeal refused with costs, 21.9.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hall v. Canada (Minister of Justice)*, (B.C.) (Crim.), 37745, leave to appeal refused, 14.12.17, autorisation d'appel refusée.
- Hammami c. Daoust*, (Qc), 37652, leave to appeal refused, 2.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Haynes v. Haynes*, (B.C.), 37570, leave to appeal refused with costs, 30.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hillman v. Letchford*, (Ont.), 37663, leave to appeal refused with costs, 2.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hojjatian v. Intact Insurance Co.*, (Ont.), 37444, leave to appeal refused, 24.8.17, autorisation d'appel refusée.
- Hojjatian v. Toronto-Dominion Bank*, (Ont.), 37561, leave to appeal refused with costs, 24.8.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hok v. The Queen in Right of Alberta*, (Alta.), 37624, leave to appeal refused, 2.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Humphreys v. Trebilcock*, (Alta.), 37626, leave to appeal refused with costs, 14.12.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- I.J. v. J.A.M.*, (B.C.), 37669, leave to appeal refused with costs, 16.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Intact Insurance Co. v. Federated Insurance Company of Canada*, (Ont.), 37493, leave to appeal refused with costs, 24.8.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- International Brotherhood of Electrical Workers (IBEW) Local 773 v. Lawrence*, (Ont.), 37617, leave to appeal granted, 19.10.17, autorisation d'appel accordée.
- Jean Pierre c. Agence des services frontaliers du Canada*, (C.F.), 37639, leave to appeal refused with costs, 7.12.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- John F. Schneider Professional Corp. v. Horst Tyson Dahlem Professional Corp.*, (Alta.), 37582, leave to appeal refused with costs, 21.9.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jordan v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37479, leave to appeal refused, 27.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Kègle c. O'Neil*, (Qc), 37730, leave to appeal refused, 21.12.17, autorisation d'appel refusée.
- Khan v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37534, leave to appeal refused, 3.8.17, autorisation d'appel refusée.
- King Insurance Finance (Wines) Inc. v. Byers*, (Ont.), 37616, leave to appeal refused with costs, 5.10.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Krivicic v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37726, leave to appeal refused, 21.12.17, autorisation d'appel refusée.
- Larocque c. La Reine*, (Ont.) (Crim.), 37783, leave to appeal granted, 23.11.17, autorisation d'appel accordée.
- Lee v. Attorney General of British Columbia*, (B.C.), 37735, leave to appeal refused with costs, 14.12.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lin v. Ombudsman Ontario*, (Ont.), 37629, leave to appeal refused with costs, 26.10.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- M.G.W. v. Ngoddy*, (Ont.) (Crim.), 37641, leave to appeal refused, 2.11.17, autorisation d'appel refusée.

- M.J. v. Z.Z.*, (Que.), 37555, leave to appeal refused, 17.8.17, autorisation d'appel refusée.
- MacIsaac v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37550, leave to appeal refused, 24.8.17, autorisation d'appel refusée.
- MacKinnon v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37569, leave to appeal refused, 17.8.17, autorisation d'appel refusée.
- Magoon v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37416, leave to appeal refused, 27.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Mailloux c. Deschênes*, (Qc), 37673, leave to appeal refused with costs, 9.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Malhotra v. Stunt*, (Ont.), 37651, leave to appeal refused with costs, 14.12.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mario Côté inc. c. Procureur général du Canada*, (C.F.), 37526, leave to appeal refused with costs, 9.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Martel c. Loto-Québec*, (Qc), 37758, leave to appeal refused, 14.12.17, autorisation d'appel refusée.
- Martin v. Canada (Minister of Justice)*, (B.C.) (Crim.), 37614, leave to appeal refused, 14.12.17, autorisation d'appel refusée.
- Martinez v. McCaskill*, (Man.), 37644, leave to appeal refused, 23.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Mazraani v. Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc.*, (F.C.), 37642, leave to appeal granted, 2.11.17, autorisation d'appel accordée.
- Mehanneche c. Ministre de la Justice du Canada*, (Qc) (Crim.), 37316, leave to appeal refused, 30.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Mikkelsen v. Truman Development Corp.*, (Alta.), 37572, leave to appeal refused with costs, 16.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mills v. The Queen*, (N.L.) (Crim.), 37518, leave to appeal granted, 14.12.17, autorisation d'appel accordée.
- Minister of Justice of Canada v. Damgajian*, (Que.) (Crim.), 37601, leave to appeal refused, 23.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Miracle v. The Queen*, (Ont.), 37631, leave to appeal refused with costs, 9.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Moore v. Sweet*, (Ont.), 37546, leave to appeal granted with costs in the cause, 17.8.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Morin c. Commission scolaire du Chemin-du-Roy*, (Qc), 37637, leave to appeal refused with costs, 14.12.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nadeau c. Mercedes Benz Canada Inc.*, (Qc), 37576, leave to appeal refused, 21.9.17, autorisation d'appel refusée.
- Neary v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 37608, leave to appeal refused, 21.12.17, autorisation d'appel refusée.
- Neinstein v. Hodge*, (Ont.), 37739, leave to appeal refused, 7.12.17, autorisation d'appel refusée.
- Nilam v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 37556, leave to appeal refused with costs, 10.8.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Noddle v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37706, leave to appeal refused, 30.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Nordine v. Organization of Chartered Professional Accountants of British Columbia*, (B.C.), 37542, leave to appeal refused, 17.8.17, autorisation d'appel refusée.
- Nova Scotia Office of the Ombudsman v. The Queen*, (N.S.), 37620, leave to appeal refused, 23.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Oh v. City of Langley*, (B.C.), 37649, leave to appeal refused with costs, 30.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Olumide v. Canadian Judicial Council*, (F.C.), 37660, leave to appeal refused, 9.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Olumide v. Conservative Party of Canada*, (F.C.), 37603, leave to appeal refused, 9.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Olumide v. Federal Court of Appeal*, (F.C.), 37763, leave to appeal refused, 23.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Olumide v. Supreme Court of Canada*, (F.C.), 37761, leave to appeal refused, 14.12.17, autorisation d'appel refusée.
- Olumide v. The Queen in Right of Canada*, (F.C.), 37600, leave to appeal refused, 9.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Olumide v. The Queen in Right of Canada*, (F.C.), 37602, leave to appeal refused, 9.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Olumide v. The Queen in Right of Canada*, (F.C.), 37604, leave to appeal refused, 9.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Olumide v. The Queen in Right of Canada*, (F.C.), 37605, leave to appeal refused, 9.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Olumide v. The Queen in Right of Ontario*, (Ont.), 37672, leave to appeal refused, 23.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, (Alta.), 37627, leave to appeal granted with costs in the cause, 9.11.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Osborne v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37724, leave to appeal refused, 7.12.17, autorisation d'appel refusée.
- Parsons v. Komer*, (Ont.), 37704, leave to appeal refused, 14.12.17, autorisation d'appel refusée.
- Parsons v. Law Society of British Columbia*, (B.C.), 37610, leave to appeal refused with costs, 28.9.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Patrick v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 37514, leave to appeal refused, 3.10.17, autorisation d'appel refusée.
- Pembina County Water Resource District v. Government of Manitoba*, (F.C.), 37674, leave to appeal refused with costs, 21.12.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Peterson v. Saskatchewan Workers' Compensation Board*, (Sask.), 37688, leave to appeal refused with costs, 30.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Prisecaru v. Intact Insurance*, (Ont.), 37591, leave to appeal refused with costs, 26.10.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. c. Bertrand*, (Qc) (Crim.), 37587, leave to appeal refused, 16.11.17, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Brassington*, (B.C.) (Crim.), 37476, leave to appeal granted, 21.9.17, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Morrison*, (Ont.) (Crim.), 37687, leave to appeal and leave to cross-appeal granted, 14.12.17, autorisation d'appel et autorisation d'appel incident accordée.
- R.A. c. A.A.*, (Qc), 37565, leave to appeal refused with costs, 21.9.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Radcliffe v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37671, leave to appeal refused, 7.12.17, autorisation d'appel refusée.
- Raspberry v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37686, leave to appeal refused, 30.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Reeves v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37676, leave to appeal granted, 14.12.17, autorisation d'appel accordée.
- Rennie v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 37632, leave to appeal refused, 9.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Roberts v. Midland Resources Holding Ltd.*, (Ont.), 37653, leave to appeal refused with costs, 21.12.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rogers Communications Inc. v. Voltage Pictures LLC*, (F.C.), 37679, leave to appeal granted with costs in the cause, 23.11.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Rooker v. Rooker*, (Alta.), 37563, leave to appeal refused with costs, 26.10.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- S.A. v. Metro Vancouver Housing Corp.*, (B.C.), 37551, leave to appeal granted with costs in the cause, 16.11.17, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.



- S.A. v. Z.G.*, (Ont.), 37578, leave to appeal refused with costs, 21.9.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- S.D. c. S.M.*, (Qc), 37731, leave to appeal refused with costs, 21.12.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Saikaley v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37689, leave to appeal refused, 30.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Salomon v. Matte-Thompson*, (Que.), 37537, leave to appeal granted with costs, 12.10.17, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Sankar v. Bell Mobility Inc.*, (Ont.), 37045, leave to appeal refused with costs, 19.10.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Saulteau First Nations v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36677, leave to appeal refused with costs, 14.9.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Schenkels v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 37664, leave to appeal refused, 23.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Sikes v. EnCana Corp.*, (F.C.), 37509, leave to appeal refused with costs, 2.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sinclair v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37598, leave to appeal refused, 16.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Sinclair v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37625, leave to appeal refused, 23.11.17, autorisation d'appel refusée.
- St. John's International Airport Authority v. City of St. John's*, (N.L.), 37580, leave to appeal refused with costs, 26.10.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Teamsters Canada Rail Conference v. Canadian National Railway Co.*, (Que.), 37590, leave to appeal refused with costs, 2.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Teamsters Canada Rail Conference v. Canadian Pacific Railway Co.*, (Que.), 37573, leave to appeal refused with costs, 23.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Telecommunications Workers' Union v. Telus Communications Inc.*, (B.C.), 37544, leave to appeal refused with costs, 7.9.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Teledyne Continental Motors, Inc. v. 1205055 Ontario Ltd.*, (Ont.), 37554, leave to appeal refused with costs, 21.9.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- The Queen in Right of Alberta v. EMP*, (Alta.), 37659, leave to appeal refused, 9.11.17, autorisation d'appel refusée.
- Tinker v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 37774, leave to appeal granted, 23.11.17, autorisation d'appel accordée.
- Tsui v. The Queen*, (Ont.), 37568, leave to appeal refused with costs, 30.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Turmel v. The Queen*, (F.C.), 37647, leave to appeal refused with costs, 23.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Usanovic v. Penncorp Life Insurance Co.*, (Ont.), 37698, leave to appeal refused with costs, 21.12.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Venngo Inc. v. Concierge Connection Inc.*, (F.C.), 37680, leave to appeal refused with costs, 23.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Vice Media Canada Inc. v. The Queen in Right of Canada*, (Ont.), 37574, leave to appeal granted, 30.11.17, autorisation d'appel accordée.
- Volnyansky v. The Queen in Right of Ontario*, (Ont.), 37557, leave to appeal refused with costs, 24.8.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Volnyansky v. Volnyansky*, (Ont.), 37567, leave to appeal refused with costs, 28.9.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Warring v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 37621, leave to appeal refused, 30.11.17, autorisation d'appel refusée.

*Watchmaker-Wolfe v. Sonex Construction Ltd.*, (Alta.), 37609, leave to appeal refused with costs, 2.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Watters v. Cora Franchise Group Inc.*, (Ont.), 37586, leave to appeal refused with costs, 28.9.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Weatherford Canada Partnership v. Artemis Kautschuk und Kunststoff-Technik GmbH*, (Alta.), 37612, leave to appeal refused with costs, 30.11.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Wissotzky v. Nisan*, (Ont.), 37559, leave to appeal refused, 24.8.17, autorisation d'appel refusée.

*Zubovits v. The Queen in Right of Ontario*, (Ont.), 37589, leave to appeal refused with costs, 21.9.17, autorisation d'appel refusée avec dépens.



## TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the “Indexed as” entry in each case).

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>I</b>	
Association of Justice Counsel v. Canada (Attorney General) .....	456	India v. Badesha .....	127
<b>B</b>		<b>J</b>	
Badesha, India v. ....	127	Jones, R. v. ....	696
Barreau du Québec v. Quebec (Attorney General) ...	488	<b>K</b>	
Bourgeois, R. v. ....	287	Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations) .....	386
Boutilier, R. v. ....	936	<b>L</b>	
British Columbia Human Rights Tribunal v. Schrenk .....	795	Livent Inc. (Receiver of), Deloitte & Touche v. ....	855
British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations), Ktunaxa Nation v. ....	386	<b>M</b>	
<b>C</b>		Marakah, R. v. ....	608
Canada (Attorney General) v. Fontaine .....	205	Millington, R. v. ....	384
Canada (Attorney General) v. Thouin .....	184	Montréal (City) v. Dorval .....	250
Canada (Attorney General), Association of Justice Counsel v. ....	456	Morgan, Cowper-Smith v. ....	754
Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), Tran v. ....	289	<b>Q</b>	
Cowper-Smith v. Morgan .....	754	Quebec (Attorney General), Barreau du Québec v. ....	488
<b>D</b>		Quebec (Attorney General) v. Guérin .....	3
Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of) .....	855	<b>R</b>	
Dorval, Montréal (City) v. ....	250	R. v. Bourgeois .....	287
Durham Regional Crime Stoppers Inc., R. v. ....	157	R. v. Boutilier .....	936
<b>F</b>		R. v. Durham Regional Crime Stoppers Inc. ....	157
First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon .....	576	R. v. Jones .....	696
Fontaine, Canada (Attorney General) v. ....	205	R. v. Marakah .....	608
<b>G</b>		R. v. Millington .....	384
Gestion Gosselin et Bérubé inc., Uniprix inc. v. ...	59	R. v. Robinson .....	382
Guérin, Quebec (Attorney General) v. ....	3	R. v. Sciascia .....	539
		Robinson, R. v. ....	382

	PAGE		PAGE
<b>S</b>		<b>U</b>	
Schrenk, British Columbia Human Rights Tribunal v. ....	795	Uniprix inc. v. Gestion Gosselin et Bérubé inc. ....	59
Sciascia, R. v. ....	539	<b>Y</b>	
<b>T</b>		Yukon, First Nation of Nacho Nyak Dun v. ....	576
TD Canada Trust, Teva Canada Ltd. v. ....	317		
Teva Canada Ltd. v. TD Canada Trust .....	317		
Thouin, Canada (Attorney General) v. ....	184		
Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) .....	289		

## TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>I</b>	
Association des juristes de justice c. Canada (Procureur général) .....	456	Inde c. Badesha .....	127
<b>B</b>		<b>J</b>	
Badesha, Inde c. ....	127	Jones, R. c. ....	696
Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale) .....	488	<b>K</b>	
Bourgeois, R. c. ....	287	Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations) .....	386
Boutilier, R. c. ....	936	<b>L</b>	
British Columbia Human Rights Tribunal c. Schrenk .....	795	Livent Inc. (Séquestre de), Deloitte & Touche c. ...	855
<b>C</b>		<b>M</b>	
Canada (Procureur général) c. Fontaine .....	205	Marakah, R. c. ....	608
Canada (Procureur général) c. Thouin .....	184	Millington, R. c. ....	384
Canada (Procureur général), Association des juristes de justice c. ....	456	Montréal (Ville) c. Dorval .....	250
Canada (Sécurité publique et Protection civile), Tran c. ....	289	Morgan, Cowper-Smith c. ....	754
Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations), Ktunaxa Nation c. ....	386	<b>Q</b>	
Cowper-Smith c. Morgan .....	754	Québec (Procureure générale), Barreau du Québec c. ....	488
<b>D</b>		Québec (Procureure générale) c. Guérin .....	3
Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de) ...	855	<b>R</b>	
Dorval, Montréal (Ville) c. ....	250	R. c. Bourgeois .....	287
Durham Regional Crime Stoppers Inc., R. c. ....	157	R. c. Boutilier .....	936
<b>F</b>		R. c. Durham Regional Crime Stoppers Inc. ....	157
First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon .....	576	R. c. Jones .....	696
Fontaine, Canada (Procureur général) c. ....	205	R. c. Marakah .....	608
<b>G</b>		R. c. Millington .....	384
Gestion Gosselin et Bérubé inc., Uniprix inc. c. ...	59	R. c. Robinson .....	382
Guérin, Québec (Procureure générale) c. ....	3	R. c. Sciascia .....	539
		Robinson, R. c. ....	382

	PAGE		PAGE
<b>S</b>		<b>U</b>	
Schrenk, British Columbia Human Rights Tribunal c. ....	795	Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc. ....	59
Sciascia, R. c. ....	539	<b>Y</b>	
<b>T</b>		Yukon, First Nation of Nacho Nyak Dun c. ....	576
TD Canada Trust, Teva Canada Ltée c. ....	317		
Teva Canada Ltée c. TD Canada Trust .....	317		
Thouin, Canada (Procureur général) c. ....	184		
Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) .....	289		

## TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
117437 Canada inc. v. Lévis (Ville) .....	2014 QCTAQ 0159, 2014 CanLII 1318 .....	524
2320-4035 Québec inc. v. Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux du Centre-Sud-de-l'Île-de-Montréal (CIUSSS CSIM) (Centre de réadaptation en déficience intellectuelle et en troubles envahissants du développement de Montréal) .....	2017 QCCA 427 .....	82
373409 Alberta Ltd. (Receiver of) v. Bank of Montreal .....	2002 SCC 81, [2002] 4 S.C.R. 312 .....	910
9077-0801 Québec inc. v. Société des loteries vidéo du Québec inc. ....	2012 QCCA 885 .....	74, 124
9175-1503 Québec inc. v. Montréal (Ville) .....	2012 QCTAQ 07491, 2012 CanLII 48176 ...	524
<b>A</b>		
Abbey National Building Society v. Cann .....	[1991] 1 A.C. 56 .....	785
Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) .....	2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 ....	447, 530
Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony .....	2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567 ....	419, 439
Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission) .....	[1989] 2 S.C.R. 225 .....	195
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association .....	2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 .....	19, 35, 505, 524
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary .....	2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555 .....	506
Alexis Nihon Cie v. Dupuis .....	[1960] S.C.R. 53 .....	109
Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) v. Texas Commerce International Bank Ltd. ....	[1982] 1 Q.B. 84 .....	766
Andrusiak v. Montréal (Ville) .....	[2004] R.J.Q. 2655 .....	257
Aneco Reinsurance Underwriting Ltd. (in liquidation) v. Johnson & Higgins Ltd. ....	[2001] UKHL 51, [2001] 2 All E.R. (Comm.) 929 .....	925
Anns v. London Borough of Merton .....	[1977] 2 All E.R. 492 .....	870, 922
Arcand v. Beaumier .....	2012 QCCS 2667 .....	268
Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp. ....	[1979] 1 S.C.R. 633 .....	933
Asphalte Desjardins inc. v. Québec (Commission des normes du travail) .....	2013 QCCA 484 .....	100
Association des diplômés de l'École des hautes études commerciales de Montréal v. Aeterna-Vie Cie d'assurance .....	[1995] R.R.A. 111 .....	89
ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Utilities Commission) .....	2015 SCC 45, [2015] 3 S.C.R. 219 .....	20
Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada .....	[1951] S.C.R. 31 .....	573
<b>B</b>		
B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd. ....	[1986] 1 S.C.R. 228 .....	933
Balogun v. Pandher .....	2010 ABCA 40, 474 A.R. 258 .....	229



NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Bank of England v. Vagliano Brothers .....	[1891] A.C. 107 .....	332, 350
Bank of Toronto v. Smith .....	[1950] 3 D.L.R. 169 .....	332
Banque de Montréal v. Barbeau .....	[1963] B.R. 753 .....	332
Baxter v. Canada (Attorney General) .....	(2006), 83 O.R. (3d) 481 .....	216
Bazley v. Curry .....	[1999] 2 S.C.R. 534 .....	374
Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation .....	2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103 .....	433, 582
Bélanger v. Saint-Marcel (Municipalité) .....	2013 QCTAQ 01912, 2013 CanLII 5734 .....	507
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex .....	2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 .....	509, 527
Bellton Farms Ltd. v. Campbell .....	2016 NSCA 1, 394 D.L.R. (4th) 262 .....	768
Bertrand Équipements inc. v. Kubota Canada ltée, .....	[2002] R.J.Q. 1329 .....	103
BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority .....	[1993] 1 S.C.R. 12 .....	919
Bilta (U.K.) Ltd. (in liquidation) v. Nazir (No. 2) .....	[2015] UKSC 23, [2016] A.C. 1 .....	910
Bisaillon v. Keable .....	[1983] 2 S.C.R. 60 .....	165
Bisignano v. Système électronique Rayco ltée .....	2014 QCCA 292 .....	107
Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof- Aschaffenburg A.G. ....	[1975] A.C. 591 .....	311
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission) .....	2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307 .....	477
BMW Canada inc. v. Automobiles Jalbert inc. ....	2006 QCCA 1068 .....	74, 124
Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce ...	[1996] 3 S.C.R. 727 .....	326, 349
Bombardier Produits récréatifs inc. (BRP) v. Christian Moto Sport inc. (CMS) .....	2012 QCCA 1670 .....	102
Bonamie, Re .....	2001 ABCA 267, 293 A.R. 201 .....	149
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd. ....	[1997] 3 S.C.R. 1210 .....	871
British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd. ....	2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473 .....	311
British Columbia v. Zastowny .....	2008 SCC 4, [2008] 1 S.C.R. 27 .....	907
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU .....	[1999] 3 S.C.R. 3 .....	853
Brousseau v. Alberta Securities Commission .....	[1989] 1 S.C.R. 301 .....	312
Browne v. Moody .....	[1936] 4 D.L.R. 1 .....	790
Burgsteden v. Long .....	2014 SKCA 115, 378 D.L.R. (4th) 562 .....	768
Burns v. Homer Street Development Limited Partnership .....	2016 BCCA 371, 91 B.C.L.R. (5th) 383 .....	924
Bussièrès (Véhicules récréatifs Gascon enr.) v. Yamaha Motor Canada Ltd. ....	2006 QCCS 905 .....	103
<b>C</b>		
Canada v. Craig .....	2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489 .....	346, 351
Canada Deposit Insurance Corp. v. Code .....	(1988), 49 D.L.R. (4th) 57 .....	194
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc. ....	[1997] 1 S.C.R. 748 .....	523
Canada (Justice) v. Fischbacher .....	2009 SCC 46, [2009] 3 S.C.R. 170 .....	133, 141
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board) ...	[1995] 1 S.C.R. 157 .....	523
Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc. ....	2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615 .....	20, 280
Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen .....	[1985] 1 S.C.R. 662 .....	907
Canadian Imperial Bank of Commerce v. Deloitte & Touche .....	2016 ONCA 922, 133 O.R. (3d) 561 .....	925
Canadian Imperial Bank of Commerce v. Green .....	2015 SCC 60, [2015] 3 S.C.R. 801 .....	229
Canadian Merchant Service Guild v. Teamsters, Local Union 847 ...	2012 FCA 210, 433 N.R. 200 .....	22
Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General) .....	2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135 .....	524

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission) .....	[1987] 1 S.C.R. 1114 .....	815
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. ....	[1992] 1 S.C.R. 1021 .....	871, 919
Canadian Superior Oil Ltd. v. Paddon-Hughes Development Co. ....	[1970] S.C.R. 932 .....	767
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp. ....	[1979] 2 S.C.R. 227 .....	20
Candler v. Crane Christmas & Co. ....	[1951] 1 All E.R. 426 .....	923
Canon Canada Inc. v. Sylvestre .....	2012 QCCS 1422 .....	20
Caparo Industries plc. v. Dickman .....	[1990] 1 All E.R. 568 .....	878, 919
Cass. civ., June 25, 1907 .....	D.P. 1907.1.337 .....	98
Cass. civ. 1 <sup>re</sup> , January 18, 2000 .....	Bull. civ. 1 10, n° 98-10.378 .....	98
Centre de santé et de services sociaux de l'Énergie v. Société immobilière Lemieux inc. ....	2011 QCCA 972 .....	111
Centre hospitalier Régina Ltée v. Labour Court .....	[1990] 1 S.C.R. 1330 .....	33
Chahal v. United Kingdom .....	(1996), 23 E.H.R.R. 413 .....	144
Chandler v. Alberta Association of Architects .....	[1989] 2 S.C.R. 848 .....	603
Chaoulli v. Quebec (Attorney General) .....	2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791 .....	477
Childs v. Desormeaux .....	2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643 .....	875
Cie canadienne d'assurances générales Lombard v. Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d'assurances générales .....	2016 QCCA 1903 .....	82
Cinar Corp. v. Robinson .....	2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168 .....	258
Citadel General Assurance Co. v. Vytlingam .....	2007 SCC 46, [2007] 3 S.C.R. 373 .....	921
Clarke v. Johnson .....	2014 ONCA 237, 371 D.L.R. (4th) 618 ....	766, 784
Clements v. Clements .....	2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181 .....	905
Clutton v. Attenborough & Son .....	[1897] A.C. 90 .....	332, 350
Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc. ....	2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069 .....	592
Cobbe v. Yeoman's Row Management Ltd. ....	[2008] UKHL 55, [2008] 1 W.L.R. 1752 ...	771
Coco v. A.N. Clark (Engineers) Ltd. ....	[1969] R.P.C. 41 .....	221
Cogefimo inc. v. Société Coinamatic inc. ....	[1998] R.D.I. 193 .....	112
Colpitts v. The Queen .....	[1965] S.C.R. 739 .....	644
Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval .....	2016 SCC 8, [2016] 1 S.C.R. 29 .....	19, 466
Commonwealth of Australia v. Verwayen .....	(1990), 170 C.L.R. 394 .....	778
Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd. ....	2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458 .....	466, 481
Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village) .....	2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650 .....	420
Construction BFC Foundation Ltée v. Entreprises Pro-Sag inc. ....	2013 QCCA 1253 .....	84
Consumers Cordage Co. v. St. Gabriel Land & Hydraulic Co. ....	[1945] S.C.R. 158 .....	94
Cooper v. Fenwick .....	[1994] O.J. No. 2148 (QL) .....	792
Cooper v. Hobart .....	2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537 ....	871, 919
Crabb v. Arun District Council .....	[1975] 3 All E.R. 865 .....	767
Crabb v. Arun District Council .....	[1976] 1 Ch. 179 .....	783
Cyclorama de Jérusalem Inc. v. Congrégation du Très Saint Rédempteur .....	[1964] S.C.R. 595 .....	95

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>D</b>		
D'Amato v. Badger .....	[1996] 2 S.C.R. 1071 .....	919
de Montigny v. Brossard (Succession) .....	2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64 .....	778
Delane Industry Co. v. PCI Properties Corp. ....	2014 BCCA 285, 359 B.C.A.C. 61 .....	768
Delgamuukw v. British Columbia .....	[1997] 3 S.C.R. 1010 .....	425, 592
Descôteaux v. Mierzwinski .....	[1982] 1 S.C.R. 860 .....	172
Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc. ....	2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178 .....	99
Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) .....	2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157 ....	142, 417
Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles) .....	[1993] 2 S.C.R. 756 .....	23
Donoghue v. Stevenson .....	[1932] A.C. 562 .....	877
Doré v. Barreau du Québec .....	2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395 .....	445
Doré v. Verdun (City) .....	[1997] 2 S.C.R. 862 .....	265, 284
Droit de la famille — 171197 .....	2017 QCCA 861 .....	78
Dunsmuir v. New Brunswick .....	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 ...	16, 34, 43, 470, 480, 505, 520, 814
<b>E</b>		
E. & S. Salsberg inc. v. Dylex Ltd. ....	[1992] R.J.Q. 2445 .....	103, 124
Eberts v. Carleton Condominium Corp. No. 396 .....	(2000), 136 O.A.C. 317 .....	768
Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd. ....	[1993] 3 S.C.R. 206 .....	883
Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd. ....	2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293 ....	20, 508, 525
Edwards v. Law Society of Upper Canada .....	2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562 .....	874
Ellis v. Eddy Holding Ltd. ....	(1996), 7 R.P.R. (3d) 70 .....	779
Endean v. British Columbia .....	2016 SCC 42, [2016] 2 S.C.R. 162 .....	227
Éolelectric inc. v. Kruger, groupe Énergie .....	2015 QCCA 365 .....	79
Équipement LDL inc. v. Toyota Canada inc. ....	2008 QCCS 4943 .....	104
Erickson v. Jones .....	2008 BCCA 379, 299 D.L.R. (4th) 465 ....	767
<b>F</b>		
Ferme Vi-Ber inc. v. Financière agricole du Québec .....	2016 SCC 34, [2016] 1 S.C.R. 1032 .....	87
Figueroa v. Canada (Attorney General) .....	2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912 .....	439
Fils-Aimé v. Montréal (Ville) .....	2003 CanLII 19812 .....	268
Finney v. Barreau du Québec .....	2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17 .....	535
Fix Fast Ltd. v. Royal Bank of Canada .....	Que. Sup. Ct., No. 681,011, May 21, 1970 ....	342
Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia .....	[1982] 2 S.C.R. 488 .....	333, 365
Fontaine v. Canada (Attorney General) .....	2013 ONSC 684, 114 O.R. (3d) 263 .....	220
Fontaine v. Canada (Attorney General) .....	2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86 ....	217
Fortin v. Chrétien .....	2001 SCC 45, [2001] 2 S.C.R. 500 .....	506, 519
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Trans- port) .....	[1992] 1 S.C.R. 3 .....	195
Fullowka v. Pinkerton's of Canada Ltd. ....	2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132 .....	875

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>G</b>		
Gasse v. Québec (Ville) .....	2004 CanLII 4468 .....	268
Gauthier v. Beaumont .....	[1998] 2 S.C.R. 3 .....	272
Gillett v. Holt .....	[2001] Ch. 210 .....	770
Glanzer v. Shepard .....	135 N.E. 275 (1922) .....	878
Godbout v. Longueuil (City) .....	[1997] 3 S.C.R. 844 .....	477
Gosselin v. Quebec (Attorney General) .....	2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429 .....	477
Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada .....	2002 SCC 21, [2002] 1 S.C.R. 719 .....	99
Grant v. Torstar Corp. ....	2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640 .....	684
Grant v. Vaughan .....	(1764), 3 Burr. 1516, 97 E.R. 957 .....	354
Gravel v. City of St-Léonard .....	[1978] 1 S.C.R. 660 .....	829
Green v. Law Society of Manitoba .....	2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360 .....	554
Gregory v. Château Drummond inc. ....	2012 QCCA 601 .....	109
Griffiths v. Williams .....	[1978] 2 E.G.L.R. 121 .....	777
Gross v. Great-West Life Assurance Co. ....	2002 ABCA 37, 299 A.R. 142 .....	884
Gunn Estate, Re .....	2010 PECA 13, 200 Nfld. & P.E.I.R. 197 ...	775, 792
Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue .....	[1977] 1 S.C.R. 271 .....	311
<b>H</b>		
Habitations Gilles Stébenne inc. v. 9166-9929 Québec inc. ....	2016 QCCS 2953 .....	79
Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests) .....	2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 ....	421, 601
Haig v. Bamford .....	[1977] 1 S.C.R. 466 .....	873
Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission) .....	2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364 .....	301
Hall v. Hebert .....	[1993] 2 S.C.R. 159 .....	907
Harley v. Bank of Toronto .....	[1938] 2 D.L.R. 135 .....	332
Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche .....	2004 BCSC 55, 41 C.C.L.T. (3d) 240 .....	908
Harvey v. Guerreiro .....	[2005] R.J.Q. 1817 .....	505
Harvey v. Trois-Rivières (Ville) .....	2006 QCCS 3192 .....	268
Hatchwell v. The Queen .....	[1976] 1 S.C.R. 39 .....	958
Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia .....	2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391 ....	417, 484
Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young .....	[1997] 2 S.C.R. 165 .....	866, 919
Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co. ....	2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306 ....	228, 548
Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board .....	2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129 .....	875
Hogarth v. Rocky Mountain Slate Inc. ....	2013 ABCA 57, 542 A.R. 289 .....	920
Housen v. Nikolaisen .....	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 .....	772
Hughes-Holland v. BPE Solicitors .....	[2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029 ...	901, 919
Hunter v. Southam Inc. ....	[1984] 2 S.C.R. 145 .....	621, 685, 708, 719
<b>I</b>		
Idle-O Apartments Inc. v. Charlyn Investments Ltd. ....	2014 BCCA 451, [2015] 2 W.W.R. 243 ....	766, 783
Idziak v. Canada (Minister of Justice) .....	[1992] 3 S.C.R. 631 .....	142
Immeubles Régime XV inc. v. Indigo Books & Music Inc. ....	2012 QCCA 239 .....	82

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Imperial Oil v. Jacques .....	2014 SCC 66, [2014] 3 S.C.R. 287 .....	191
In re A Solicitor's Clerk .....	[1957] 1 W.L.R. 1219 .....	314
In re Clayton .....	[1983] 2 W.L.R. 555 .....	549
India v. Badesha .....	2017 SCC 44, [2017] 2 S.C.R. 127 .....	417
Islamic Republic of Iran v. Hashemi .....	2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567 .....	257, 277
<b>J</b>		
J.G. v. Nadeau .....	2016 QCCA 167 .....	113
J.V. v. Cie d'assurance-vie Croix Bleue .....	2013 QCCA 1686 .....	108
Jackson Estate, Re .....	(2004), 192 O.A.C. 161 .....	792
Janzen v. Platy Enterprises Ltd. ....	[1989] 1 S.C.R. 1252 .....	818, 838, 849
Jennings v. Rice .....	[2002] EWCA Civ. 159, [2003] 1 P. & C.R. 100 .....	778, 789
<b>K</b>		
Kamloops (City) v. Nielsen .....	[1984] 2 S.C.R. 2 .....	872
Katz v. United States .....	389 U.S. 347 (1967) .....	621
Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran .....	2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176 .....	258, 275
Keptigalla Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India, Ltd. ....	[1909] 2 K.B. 1010 .....	347
Kindler v. Canada (Minister of Justice) .....	[1991] 2 S.C.R. 779 .....	141
<b>L</b>		
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd. ....	[1989] 2 S.C.R. 574 .....	221
Lac-Sergent (Ville) v. Lapointe .....	2012 QCCA 1935 .....	87
Lake v. Canada (Minister of Justice) .....	2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761 .....	132
Lamco II s.e.c. v. Québec (Ville) .....	2016 QCCA 757 .....	81
Larouche v. Néron .....	2016 QCCA 692 .....	81
Lavier v. MyTravel Canada Holidays Inc. ....	2013 ONCA 92, 359 D.L.R. (4th) 713 .....	229
Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co. ...	2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23 .....	228
Lepage v. Méthot .....	[2003] R.J.Q. 861 .....	267, 284
Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc. ....	2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591 .....	507
Little Narrows Gypsum Co. v. Labour Relations Board (Nova Scotia) .....	(1977), 24 N.S.R. (2d) 406 .....	604
Lizotte v. Aviva Insurance Co. of Canada .....	2016 SCC 52, [2016] 2 S.C.R. 521 .....	195
London (City) v. Young .....	2008 ONCA 429, 91 O.R. (3d) 215 .....	552
Loyola High School v. Quebec (Attorney General) .....	2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613 .....	415, 439
<b>M</b>		
M.M. v. United States of America .....	2015 SCC 62, [2015] 3 S.C.R. 973 .....	141
Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General) .....	2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623 .....	600
Maple Leaf Mills Inc. and U.F.C.W., Loc. 401, Re .....	(1995), 50 L.A.C. (4th) 246 .....	472
Martin v. Dupont .....	2016 QCCA 475 .....	77
McCormick v. Fasken Martineau DuMoulin LLP .....	2014 SCC 39, [2014] 2 S.C.R. 108 .....	810, 836, 843
McLean v. British Columbia (Securities Commission) .....	2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895 .....	21, 525
Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) .....	2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539 .....	304

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771 .....	2005 SCC 70, [2005] 3 S.C.R. 425 .....	829
Metroland Printing, Publishing & Distribution Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce .....	(2001), 14 B.L.R. (3d) 212 .....	343, 377
Metroland Printing, Publishing and Distribution Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce .....	(2002), 158 O.A.C. 111 .....	330
Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage) .....	2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388 .....	601
Minet v. Gibson .....	(1789), 1 R.R. 754 .....	355
Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville .....	[1982] 2 S.C.R. 518 .....	376
Mitchell v. M.N.R. ....	2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911 .....	425
Montréal (Ville) v. Tarquini .....	[2001] R.J.Q. 1405 .....	257, 276
Montréal, Maine & Atlantique Canada Cie (Montreal, Maine & Atlantic Canada Co.) (MMA), Re .....	2014 QCCA 2072, 49 R.P.R. (5th) 210 .....	76
Moore v. British Columbia (Education) .....	2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360 .....	838
Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City) .....	2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3 ... 19, 415, 442, 508, 518	
Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys .....	2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256 .....	415, 439
Mustapha v. Culligan of Canada Ltd. ....	2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114 ...	898, 921

## N

Named Person v. Vancouver Sun .....	2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253 .....	165
National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris .....	[1990] 2 S.C.R. 1029 .....	109
National Trust Co. v. Fleury .....	[1965] S.C.R. 817 .....	790
Neale v. Katz .....	[1979] C.A. 192 .....	95, 122
Németh v. Canada (Justice) .....	2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281 .....	143
New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc. ....	2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604 .....	843
Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board) .....	2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 ...	446, 473
Nishi v. Rascal Trucking Ltd. ....	2013 SCC 33, [2013] 2 S.C.R. 438 .....	375
Noël v. Société d'énergie de la Baie James .....	2001 SCC 39, [2001] 2 S.C.R. 207 .....	29, 51
Nolan v. Kerry (Canada) Inc. ....	2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678 .....	20
Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals .....	2011 SCC 59 [2011] 3 S.C.R. 616 .....	20
North and South Wales Bank Ltd. v. Macbeth .....	[1908] A.C. 137 .....	332, 362
Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General) .....	2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309 ...	21, 37, 42
Nykredit Mortgage Bank plc. v. Edward Erdman Group Ltd. (No. 2) ...	[1997] 1 W.L.R. 1627 .....	902

## O

Odhavji Estate v. Woodhouse .....	2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263 .....	875
Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board .....	2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257 .....	508
Ontario (Attorney General) v. Fraser .....	2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3 .....	375
Ontario (Community Safety and Correctional Services) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner) .....	2014 SCC 31, [2014] 1 S.C.R. 674 .....	503
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd. ....	[1985] 2 S.C.R. 536 .....	815, 837

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Ontario Refrigeration and Air Conditioning Contractors Assn. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada Local 787 ....	2016 ONCA 460, 131 O.R. (3d) 665 .....	21
Othman (Abu Qatada) v. The United Kingdom .....	No. 8139/09, ECHR 2012-I .....	146
Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. ....	[1961] A.C. 388 .....	898, 923
<b>P</b>		
P. (W.) v. Alberta .....	2014 ABCA 404, 378 D.L.R. (4th) 629 .....	229
P.S. v. Québec (Emploi et Solidarité sociale) .....	2010 QCTAQ 11404, 2010 CanLII 70683 ...	506
Packer v. Packer .....	[1953] 2 All E.R. 127 .....	526
Parkway Pontiac Buick inc. v. General Motors du Canada ltée .....	2012 QCCS 618 .....	104
Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324 .....	2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157 .....	20, 195
People v. Callen .....	194 Cal.App.3d 558 (1987) .....	167
Pépin v. Pépin .....	2012 QCCA 1661 .....	86, 109
Pères v. Québec (Commission de la fonction publique) .....	2000 CanLII 18759 .....	30
Pharmascience Inc. v. Binet .....	2006 SCC 48, [2006] 2 S.C.R. 513 .....	536
Pilcher v. Shoemaker .....	(1997), 13 R.P.R. (3d) 42 .....	779
Placements Sergakis inc. v. Société des loteries vidéo du Québec inc. ....	2009 QCCS 4976 .....	102
Platform Home Loans Ltd. v. Oyston Shipways Ltd. ....	[1999] 1 All E.R. 833 .....	921
Platform Home Loans Ltd. v. Oyston Shipways Ltd. ....	[2000] 2 A.C. 190 .....	903
Provigo Distribution inc. v. Supermarché A.R.G. inc. ....	[1998] R.J.Q. 47 .....	77
<b>Q</b>		
Quebec (Attorney General) v. Moses .....	2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557 .....	593
Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v. Jodoin .....	2017 SCC 26, [2017] 1 S.C.R. 478 .....	229
<b>R</b>		
R. v. A.M. ....	2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569 .....	626
R. v. Araujo .....	2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992 .....	734
R. v. B. (D.V.) .....	2010 ONCA 291, 100 O.R. (3d) 736 .....	993
R. v. B. (K.G.) .....	[1993] 1 S.C.R. 740 .....	376
R. v. Babos .....	2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309 .....	691
R. v. Barros .....	2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368 .....	166
R. v. Basi .....	2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389 .....	165
R. v. Beauchamp .....	2015 ONCA 260, 326 C.C.C. (3d) 280 .....	732
R. v. Belcourt .....	2015 BCCA 126, 322 C.C.C. (3d) 93 .....	731
R. v. Belnavis .....	(1996), 29 O.R. (3d) 321 .....	652, 662
R. v. Belnavis .....	[1997] 3 S.C.R. 341 .....	643, 658
R. v. Bernard .....	[1988] 2 S.C.R. 833 .....	375
R. v. Big M Drug Mart Ltd. ....	[1985] 1 S.C.R. 295 .....	398, 439, 719
R. v. Bjelland .....	2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651 .....	690
R. v. Borden .....	[1994] 3 S.C.R. 145 .....	687
R. v. Bragg .....	2015 BCCA 498, 332 C.C.C. (3d) 145 .....	967
R. v. Buhay .....	2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631 .....	632, 657
R. v. C. (W.B.) .....	(2000), 142 C.C.C. (3d) 490 .....	646

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Campbell .....	[1999] 1 S.C.R. 565 .....	172
R. v. Carleton .....	(1981), 32 A.R. 181 .....	961
R. v. Carty .....	2014 ONSC 212 .....	749
R. v. Chapman .....	2007 YKSC 55.....	303
R. v. Chaulk .....	[1990] 3 S.C.R. 1303 .....	375
R. v. Chow .....	2005 SCC 24, [2005] 1 S.C.R. 384 .....	557
R. v. Cloutier .....	(1988), 43 C.C.C. (3d) 35 .....	574
R. v. Clunas .....	[1992] 1 S.C.R. 595 .....	546, 571
R. v. Cody .....	2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659 .....	180
R. v. Cole .....	2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34 .....	621, 649, 656, 708
R. v. Collins .....	[1987] 1 S.C.R. 265 .....	637, 687, 708
R. v. Côté .....	2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215 .....	751
R. v. Cox and Railton .....	(1884), 14 Q.B.D. 153 .....	172
R. v. Craig .....	2016 BCCA 154, 335 C.C.C. (3d) 28 .....	684
R. v. Crawford .....	[1995] 1 S.C.R. 858 .....	557
R. v. Croft .....	2013 ABQB 640, 304 C.C.C. (3d) 279 .....	748
R. v. Crowe .....	Ont. Ct. J., No. 10-10013990, March 22, 2017 .....	973
R. v. Currie .....	[1997] 2 S.C.R. 260 .....	958, 985
R. v. D.A.I. .....	2012 SCC 5, [2012] 1 S.C.R. 149 .....	689
R. v. Duarte .....	[1990] 1 S.C.R. 30 .....	631, 665, 728
R. v. Dudley .....	2009 SCC 58, [2009] 3 S.C.R. 570 .....	573
R. v. Dymment .....	[1988] 2 S.C.R. 417 .....	632, 661, 719
R. v. Edwards .....	[1996] 1 S.C.R. 128 .....	621, 658, 706
R. v. Edwards Books and Art Ltd. ....	[1986] 2 S.C.R. 713 .....	416, 439
R. v. Fearon .....	2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621 ...	640, 656
R. v. Ferguson .....	2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96 .....	984
R. v. Finlay .....	(1985), 23 C.C.C. (3d) 48 .....	733
R. v. Gardiner .....	[1982] 2 S.C.R. 368 .....	958
R. v. Gauthier .....	[1977] 1 S.C.R. 441 .....	713
R. v. Giles .....	2007 BCSC 1147 .....	731
R. v. Gladue .....	[1999] 1 S.C.R. 688 .....	967, 989
R. v. Golden .....	2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679 .....	719
R. v. Gomboc .....	2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211 ...	626, 668, 724
R. v. Goodwin .....	2002 BCCA 513, 168 C.C.C. (3d) 14 .....	995
R. v. Grant .....	2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353 ...	639, 677, 750
R. v. Handy .....	2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908 .....	179
R. v. Hape .....	2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292 .....	691
R. v. Harrer .....	[1995] 3 S.C.R. 562 .....	691
R. v. Harrison .....	2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494 .....	641
R. v. Hart .....	2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544 .....	715
R. v. Henry .....	2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609 ...	375, 714
R. v. Hiscock .....	(1992), 72 C.C.C. (3d) 303 .....	164, 166
R. v. Hoelscher .....	2016 ABQB 44 .....	747
R. v. Hooyer .....	2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81 .....	314



NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Horvath .....	(1997), 117 C.C.C. (3d) 110 .....	1000
R. v. Hurry .....	2002 ABQB 420, 165 C.C.C. (3d) 182 .....	713
R. v. Hutchinson .....	2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346 .....	689
R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd. ....	2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45 .....	919
R. v. Ipeelee .....	2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433 ...	966, 988
R. v. Jacobson .....	(2006), 207 C.C.C. (3d) 270.....	303
R. v. James .....	2011 ONCA 839, 283 C.C.C. (3d) 212 .....	645
R. v. Jamieson .....	(1981), 64 C.C.C. (2d) 550 .....	551
R. v. Jir .....	2010 BCCA 497, 264 C.C.C. (3d) 64 .....	713
R. v. Johnson .....	2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357 ...	966, 982
R. v. Jones .....	[1994] 2 S.C.R. 229 .....	715, 958, 960
R. v. Jones .....	2017 SCC 60, [2017] 2 S.C.R. 696 ...	627, 652
R. v. Jordan .....	2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631 .....	557
R. v. K.R.J. ....	2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906 .....	312
R. v. Kang-Brown .....	2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456 .....	626
R. v. Kasakan .....	2006 SKCA 14, [2006] 8 W.W.R. 23 .....	303
R. v. Keller .....	2009 ABCA 418, 469 A.R. 151 .....	303
R. v. Khan .....	2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823 .....	574
R. v. Knoblauch .....	2000 SCC 58, [2000] 2 S.C.R. 780 .....	303
R. v. Kutynec .....	(1991), 7 O.R. (3d) 277 .....	181
R. v. Lacasse .....	2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089 .....	967
R. v. Langevin .....	(1984), 45 O.R. (2d) 705 .....	986
R. v. Last .....	2009 SCC 45, [2009] 3 S.C.R. 146 .....	557
R. v. Law .....	2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227 ...	667, 720
R. v. Lebar .....	2010 ONCA 220, 101 O.R. (3d) 263 .....	303
R. v. Leipert .....	[1997] 1 S.C.R. 281 .....	166
R. v. Lloyd .....	2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130 ...	965, 984
R. v. Lowrey .....	2016 ABPC 131, 357 C.R.R. (2d) 76 .....	684
R. v. Lyons .....	[1987] 2 S.C.R. 309 .....	954, 980
R. v. Malmo-Levine .....	2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571 .....	477
R. v. Marakah .....	2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608 ...	709, 740
R. v. Massick .....	(1985), 21 C.C.C. (3d) 128 .....	549
R. v. McBride .....	2016 BCSC 1059 .....	688
R. v. McClure .....	2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445 .....	171
R. v. McQueen .....	(1975), 25 C.C.C. (2d) 262 .....	731
R. v. Middleton .....	2009 SCC 21, [2009] 1 S.C.R. 674 .....	304
R. v. Morelli .....	2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253 .....	736
R. v. Nasogaluak .....	2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206 .....	988
R. v. Nedelcu .....	2012 SCC 59, [2012] 3 S.C.R. 311 .....	714
R. v. Neve .....	1999 ABCA 206, 137 C.C.C. (3d) 97 ...	961, 986
R. v. Newman .....	(1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 197 .....	961
R. v. Nolet .....	2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851 .....	687
R. v. Nur .....	2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773 ...	966, 984
R. v. Oakes .....	[1986] 1 S.C.R. 103 .....	999
R. v. Oliver .....	(1997), 114 C.C.C. (3d) 50 .....	961
R. v. Orlandis-Habsburgo .....	2017 ONCA 649 .....	636, 686
R. v. Osborne .....	2014 MBCA 73, 314 C.C.C. (3d) 57 .....	967
R. v. Paterson .....	2017 SCC 15, [2017] 1 S.C.R. 202 ...	640, 751

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Patrick .....	2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579 ...	622, 649, 656, 711
R. v. Payne .....	(2001), 41 C.R. (5th) 156 .....	992
R. v. Pham .....	2013 SCC 15, [2013] 1 S.C.R. 739 .....	312
R. v. Plant .....	[1993] 3 S.C.R. 281 .....	630, 657, 719
R. v. Proulx .....	2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61 ...	302, 821, 972
R. v. Pugliese .....	(1992), 8 O.R. (3d) 259 .....	657
R. v. Pugliese .....	(1992), 71 C.C.C. (3d) 295 .....	720
R. v. Quesnelle .....	2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390 .....	670
R. v. R.S. ....	2016 ONSC 7767 .....	994
R. v. Radcliffe .....	2017 ONCA 176, 347 C.C.C. (3d) 3 .....	993
R. v. Reeves .....	2017 ONCA 365, 350 C.C.C. (3d) 1 .....	687
R. v. Rendon .....	(1999), 140 C.C.C. (3d) 12 .....	666
R. v. Robinson .....	[1996] 1 S.C.R. 683 .....	379
R. v. Rodgerson .....	2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760 ...	557, 570
R. v. Rogers Communications Partnership .....	2016 ONSC 70, 128 O.R. (3d) 692 .....	671
R. v. Rose .....	[1998] 3 S.C.R. 262 .....	227
R. v. S.J.L. ....	2009 SCC 14, [2009] 1 S.C.R. 426 ...	546, 564
R. v. S.M. ....	(2005), 196 O.A.C. 127 .....	985
R. v. Safarzadeh-Markhali .....	2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180 ...	965, 988
R. v. Sandhu .....	(1993), 82 C.C.C. (3d) 236 .....	659
R. v. Sandhu .....	2014 BCSC 303 .....	684
R. v. Sandhu .....	2014 ONCJ 95 .....	303
R. v. Saundercook-Menard .....	2008 ONCA 493.....	303
R. v. Scott .....	[1990] 3 S.C.R. 979 .....	167
R. v. Shah .....	2003 BCCA 294, 182 B.C.A.C. 142 .....	303
R. v. Shayesteh .....	(1996), 31 O.R. (3d) 161 .....	666, 725
R. v. Shea .....	2017 NSCA 43, 349 C.C.C. (3d) 231 .....	987
R. v. Sipos .....	2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423 ...	957, 1000
R. v. Smarch .....	2015 YKCA 13, 374 B.C.A.C. 291 ...	967, 994
R. v. Smith .....	[1987] 1 S.C.R. 1045 .....	966
R. v. Spencer .....	2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212 ...	621, 649, 656, 709
R. v. Steele .....	2014 SCC 61, [2014] 3 S.C.R. 138 ...	966, 985
R. v. Stillman .....	[1997] 1 S.C.R. 607 .....	661, 720
R. v. Sullivan .....	(1987), 20 O.A.C. 323 .....	961
R. v. Szostak .....	2014 ONCA 15, 118 O.R. (3d) 401 ...	956, 987
R. v. Taillefer .....	2015 ONSC 2357 .....	985
R. v. TELUS Communications Co. ....	2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3 .....	624, 656, 706, 742
R. v. Tessling .....	2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432 ...	621, 649, 656, 708
R. v. Trapp .....	2011 SKCA 143, 377 Sask. R. 246 .....	721
R. v. Ulybel Enterprises Ltd. ....	2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867 .....	829
R. v. Van der Peet .....	[1996] 2 S.C.R. 507 .....	425, 447, 592
R. v. Videoflicks Ltd. ....	(1984), 48 O.R. (2d) 395 .....	416
R. v. Vine .....	(1875), L.R. 10 Q.B. 195 .....	314
R. v. Vu .....	2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657 ...	650, 736

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Vukelich .....	(1996), 108 C.C.C. (3d) 193 .....	181
R. v. W.C.B. ....	2001 SCC 17, [2001] 1 S.C.R. 530 .....	646
R. v. Walsh .....	2017 BCCA 195, 348 C.C.C. (3d) 1 .....	992
R. v. Warawa .....	2011 ABCA 294, 278 C.C.C. (3d) 409 .....	967
R. v. Ward .....	2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321 ... 623, 657	
R. v. White .....	[1998] 2 S.C.R. 72 .....	180
R. v. White .....	[1999] 2 S.C.R. 417 .....	716
R. v. Wildman .....	[1984] 2 S.C.R. 311 .....	644
R. v. Wiles .....	2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895 .....	984
R. v. Williams .....	[1998] 1 S.C.R. 1128 .....	989
R. v. Wills .....	(1992), 7 O.R. (3d) 337 .....	687
R. v. Wong .....	[1990] 3 S.C.R. 36 .....	625, 650, 657, 709
R. v. Wu .....	2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530 .....	304
Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co. ...	[1991] 3 S.C.R. 3 .....	905
Re Basham (deceased) .....	[1987] 1 All E.R. 405 .....	774
Re Burke .....	(1959), 20 D.L.R. (2d) 396 .....	790
Re Harris .....	(1915), 22 D.L.R. 381 .....	775
Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co. ...	(1965), 16 L.A.C. 73 .....	467
Re Moore and the Queen .....	(1984), 10 C.C.C. (3d) 306 .....	993
Re Smith .....	[1971] 1 O.R. 584 .....	792
Reference re Firearms Act (Can.) .....	2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783 .....	567
Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.) .....	[1991] 2 S.C.R. 158 .....	439
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.) .....	[1987] 1 S.C.R. 313 .....	416
Reference re Secession of Quebec .....	[1998] 2 S.C.R. 217 .....	312, 520
Regent Taxi and Transport Co. v. Congrégation des Petits Frères de Marie .....	[1932] A.C. 295 .....	266, 282
Reza v. Canada .....	[1994] 2 S.C.R. 394 .....	229
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....	[1998] 1 S.C.R. 27 .....	30, 197, 265, 281, 306, 509, 527, 727, 815, 843
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) .....	[1995] 3 S.C.R. 199 .....	484
Robichaud v. Canada (Treasury Board) .....	[1987] 2 S.C.R. 84 .....	815, 837, 849
Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada .....	2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283 .....	19, 508, 525
Rouge Resto-bar inc. v. Zoom Média inc. ....	2013 QCCA 443 .....	79
Rouge Valley Health System v. TD Canada Trust .....	2012 ONCA 17, 108 O.R. (3d) 561 .....	378
Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd. ....	[1977] 2 S.C.R. 456 .....	333, 351
Ryan v. Moore .....	2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53 .....	767
<b>S</b>		
S.L. v. Commission scolaire des Chênes .....	2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235 .....	418, 442
Saadati v. Moorhead .....	2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543 .....	877
Sabey v. von Hopffgarten Estate .....	2014 BCCA 360, 378 D.L.R. (4th) 64 .....	766, 783
Said v. the Netherlands .....	July 5, 2005, Reports 2005-VI .....	144
Samen Investments Inc. v. Monit Management Ltd. ....	2014 QCCA 826 .....	78, 107
Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott .....	2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467 .....	415

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp. ....	2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633 .....	81, 108, 228
Schachter v. Canada .....	[1992] 2 S.C.R. 679 .....	999
Scholz v. Scholz .....	2013 BCCA 309, 340 B.C.A.C. 151 .....	766
Schreiber v. Canada (Attorney General) .....	2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269 .....	257, 274
Schwark Estate v. Cutting .....	2010 ONCA 61, 316 D.L.R. (4th) 105 .....	784
Services Matrec inc. v. CFH Sécurité inc. ....	2014 QCCA 221 .....	121
Shell Canada Ltd. v. Communications Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 835 .....	[2001] A.G.A.A. No. 51 (QL) .....	472
Slaight Communications Inc. v. Davidson .....	[1989] 1 S.C.R. 1038 .....	195
Sledmore v. Dalby .....	(1996), 72 P. & C.R. 196 .....	778
Smith v. Alliance Pipeline Ltd. ....	2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160 .....	22
Sohio Petroleum Co. v. Weyburn Security Co. ....	[1971] S.C.R. 81 .....	767
Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario) .....	[1981] 2 S.C.R. 494 .....	169
Solosky v. The Queen .....	[1980] 1 S.C.R. 821 .....	172
South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd. ....	[1996] 3 All E.R. 365 .....	919
South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd. ....	[1997] A.C. 191 .....	902
Southern Pacific Mortgages Ltd. v. Scott .....	[2014] UKSC 52, [2015] A.C. 385 .....	785
Sriskandarajah v. United States of America .....	2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609 .....	141, 375
Standard Broadcasting Corp. v. Stewart .....	[1994] R.J.Q. 1751 .....	124
Station Mont-Tremblant v. Banville-Joncas .....	2017 QCCA 939 .....	77
Staub v. Staub Estate .....	2003 ABCA 122, 226 D.L.R. (4th) 327 .....	776
Stewart v. Elk Valley Coal Corp. ....	2017 SCC 30, [2017] 1 S.C.R. 591 .....	838
Stone & Rolls Ltd. (in liquidation) v. Moore Stephens .....	[2009] UKHL 39, [2009] 1 A.C. 1391 .....	910
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) .....	2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 .....	144
Sutherland Shire Council v. Heyman .....	(1985), 60 A.L.R. 1 .....	923
Sykes v. Rosebery Parklands Development Society .....	2011 BCCA 15, 330 D.L.R. (4th) 84 .....	767
Syndicat de la fonction publique du Québec v. Quebec (Attorney General) .....	2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61 .....	49
Syndicat des techniciens et techniciennes du cinéma et vidéo du Qué- bec v. Mancone .....	[2002] R.J.Q. 2905 .....	33
Syndicat Northcrest v. Amselem .....	2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551 .....	413, 439
<b>T</b>		
Tataryn v. Tataryn Estate .....	[1994] 2 S.C.R. 807 .....	790
Tatlock v. Harris .....	(1789), 3 T.R. 174, 100 E.R. 517 .....	355
Taylors Fashions Ltd. v. Liverpool Victoria Trustees Co. ....	[1981] 1 All E.R. 897 .....	766
Taylors Fashions Ltd. v. Liverpool Victoria Trustees Co. ....	[1982] 1 Q.B. 133 .....	786
Temelini v. Ontario Provincial Police (Commissioner) .....	(1999), 44 O.R. (3d) 609 .....	201
Temseel Holdings Ltd. v. Beaumonts Chartered Accountants .....	[2002] EWHC 2642 (Comm.), [2003] P.N.L.R. 27 .....	925
Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition) .....	2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161 .....	21
Tétreault v. Gagnon .....	[1962] S.C.R. 766 .....	76, 117
Thailand (Kingdom) v. Saxena .....	2006 BCCA 98, 265 D.L.R. (4th) 55 .....	148
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General) .....	[1998] 1 S.C.R. 877 .....	684
Thorner v. Major .....	[2009] UKHL 18, [2009] 1 W.L.R. 776 .....	766, 784

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Tiny (Township) v. Battaglia .....	2013 ONCA 274, 305 O.A.C. 372 .....	784
Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15 .....	[1997] 1 S.C.R. 487 .....	523
Tremblay v. Lapointe .....	[2004] R.R.A. 854 .....	268
Tremblay v. Québec (Tribunal des professions) .....	2006 QCCA 1441, 61 Admin. L.R. (4th) 67 .....	536
Triou v. Teman .....	2016 QCCA 908 .....	92
Tsilhqot'in Nation v. British Columbia .....	2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257 .....	425
Turenne v. Banque Nationale du Canada .....	[1983] J.Q. n° 354 (QL) .....	108
<b>U</b>		
Ultramares Corp. v. Touche .....	174 N.E. 441 (1931) .....	878
United Nurses of Alberta v. Alberta Health Services .....	2014 CanLII 50285 .....	468
United States v. Burns .....	2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283 .....	141
University of British Columbia v. Berg .....	[1993] 2 S.C.R. 353 .....	816, 844
<b>V</b>		
Vancouver (City) v. Ward .....	2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28 .....	689
Vinden v. Hughes .....	[1905] 1 K.B. 795 .....	332, 362
Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92 .....	2004 SCC 23, [2004] 1 S.C.R. 609 .....	484
<b>W</b>		
Walton v. Walton .....	E.W.C.A., April 14, 1994 .....	770
Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher .....	(1988), 76 A.L.R. 513 .....	769
Watson v. Goldsbrough .....	[1986] 1 E.G.L.R. 265 .....	774, 788
Weber v. Ontario Hydro .....	[1995] 2 S.C.R. 929 .....	23
Westboro Flooring & Décor Inc. v. Bank of Nova Scotia .....	2002 CanLII 7479 .....	378
Westboro Flooring and Décor Inc. v. Bank of Nova Scotia .....	(2004), 71 O.R. (3d) 723 .....	375
Westmount (City) v. Rossy .....	2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136 .....	922
Wettstein v. Wettstein .....	1992 CarswellBC 1421 (WL Can.) .....	768
Wightman v. Widdrington (Succession) .....	2013 QCCA 1187 .....	920
Willmott v. Barber .....	(1880), 15 Ch. D. 96 .....	767
Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd. .....	2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770 .....	22, 507
Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) .....	2015 SCC 47, [2015] 3 S.C.R. 300 .....	21
Winnipeg School Division No. 1 v. Craton .....	[1985] 2 S.C.R. 150 .....	837
Wolff v. Canada (Attorney General) .....	2017 BCCA 30, 95 B.C.L.R. (5th) 15 .....	766
<b>Y</b>		
Yeoman's Row Management Ltd. v. Cobbe .....	[2008] UKHL 55, [2008] 4 All E.R. 713 .....	786
Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong .....	[1988] 1 A.C. 175 .....	883

# TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
117437 Canada inc. c. Lévis (Ville) .....	2014 QCTAQ 0159, 2014 CanLII 1318 .....	524
2320-4035 Québec inc. c. Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux du Centre-Sud-de-l'Île-de-Montréal (CIUSSS CSIM) (Centre de réadaptation en déficience intellectuelle et en troubles envahissants du développement de Montréal) .....	2017 QCCA 427 .....	82
373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal .....	2002 CSC 81, [2002] 4 R.C.S. 312 .....	910
9077-0801 Québec inc. c. Société des loteries vidéo du Québec inc. ....	2012 QCCA 885 .....	74, 124
9175-1503 Québec inc. c. Montréal (Ville) .....	2012 QCTAQ 07491, 2012 CanLII 48176 ...	524
<b>A</b>		
Abbey National Building Society c. Cann .....	[1991] 1 A.C. 56 .....	785
Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) .....	2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 ....	447, 530
Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony .....	2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567 ....	419, 439
Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes) .....	[1989] 2 R.C.S. 225 .....	195
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association .....	2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 .....	19, 35, 505, 524
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary .....	2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555 .....	506
Alexis Nihon Cie c. Dupuis .....	[1960] R.C.S. 53 .....	109
Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) c. Texas Commerce International Bank Ltd. ....	[1982] 1 Q.B. 84 .....	766
Andrusiak c. Montréal (Ville) .....	[2004] R.J.Q. 2655 .....	257
Aneco Reinsurance Underwriting Ltd. (in liquidation) c. Johnson & Higgins Ltd. ....	[2001] UKHL 51, [2001] 2 All E.R. (Comm.) 929 .....	925
Anns c. London Borough of Merton .....	[1977] 2 All E.R. 492 .....	870, 922
Arcand c. Beaumier .....	2012 QCCS 2667 .....	268
Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp. ....	[1979] 1 R.C.S. 633 .....	933
Asphalte Desjardins inc. c. Québec (Commission des normes du travail) .....	2013 QCCA 484 .....	100
Association des diplômés de l'École des hautes études commerciales de Montréal c. Aeterna-Vie Cie d'assurance .....	[1995] R.R.A. 111 .....	89
ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission) .....	2015 CSC 45, [2015] 3 R.C.S. 219 .....	20
Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada .....	[1951] R.C.S. 31 .....	573
<b>B</b>		
B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd. ....	[1986] 1 R.C.S. 228 .....	933
Balogun c. Pandher .....	2010 ABCA 40, 474 A.R. 258 .....	229

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Bank of England c. Vagliano Brothers .....	[1891] A.C. 107 .....	332, 350
Bank of Toronto c. Smith .....	[1950] 3 D.L.R. 169 .....	332
Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Green .....	2015 CSC 60, [2015] 3 R.C.S. 801 .....	229
Banque de Montréal c. Barbeau .....	[1963] B.R. 753 .....	332
Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris .....	[1990] 2 R.C.S. 1029 .....	109
Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd. ...	[1977] 2 R.C.S. 456 .....	333, 351
Baxter c. Canada (Attorney General) .....	(2006), 83 O.R. (3d) 481 .....	216
Bazley c. Curry .....	[1999] 2 R.C.S. 534 .....	374
Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks .....	2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103 .....	433, 582
Bélanger c. Saint-Marcel (Municipalité) .....	2013 QCTAQ 01912, 2013 CanLII 5734 .....	507
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex .....	2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559 .....	509, 527
Bellton Farms Ltd. c. Campbell .....	2016 NSCA 1, 394 D.L.R. (4th) 262 .....	768
Bertrand Équipements inc. c. Kubota Canada ltée .....	[2002] R.J.Q. 1329 .....	103
BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority .....	[1993] 1 R.C.S. 12 .....	919
Bilta (U.K.) Ltd. (in liquidation) c. Nazir (No. 2) .....	[2015] UKSC 23, [2016] A.C. 1 .....	910
Bisaillon c. Keable .....	[1983] 2 R.C.S. 60 .....	165
Bisignano c. Système électronique Rayco ltée .....	2014 QCCA 292 .....	107
Black-Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof- Aschaffenburg A.G. ....	[1975] A.C. 591 .....	311
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission) .....	2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307 .....	478
BMW Canada inc. c. Automobiles Jalbert inc. ....	2006 QCCA 1068 .....	74, 124
Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Com- merce .....	[1996] 3 R.C.S. 727 .....	326, 349
Bombardier Produits récréatifs inc. (BRP) c. Christian Moto Sport inc. (CMS) .....	2012 QCCA 1670 .....	102
Bonamie, Re .....	2001 ABCA 267, 293 A.R. 201 .....	149
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd. ....	[1997] 3 R.C.S. 1210 .....	871
Brousseau c. Alberta Securities Commission .....	[1989] 1 R.C.S. 301 .....	312
Browne c. Moody .....	[1936] 4 D.L.R. 1 .....	790
Burgsteden c. Long .....	2014 SKCA 115, 378 D.L.R. (4th) 562 .....	768
Burns c. Homer Street Development Limited Partnership .....	2016 BCCA 371, 91 B.C.L.R. (5th) 383 .....	924
Bussièrès (Véhicules récréatifs Gascon enr.) c. Yamaha Motor Canada Ltd. ....	2006 QCCS 905 .....	103
<b>C</b>		
Canada c. Craig .....	2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489 .....	346, 351
Canada Deposit Insurance Corp. c. Code .....	(1988), 49 D.L.R. (4th) 57 .....	194
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc. ....	[1997] 1 R.C.S. 748 .....	523
Canada (Justice) c. Fischbacher .....	2009 CSC 46, [2009] 3 R.C.S. 170 .....	133, 141
Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine .....	[1985] 1 R.C.S. 662 .....	907
Canadian Imperial Bank of Commerce c. Deloitte & Touche .....	2016 ONCA 922, 133 O.R. (3d) 561 .....	925
Canadian Merchant Service Guild c. Teamsters, Local Union 847 ...	2012 CAF 210, 433 N.R. 200 .....	22
Canadian Superior Oil Ltd. c. Paddon-Hughes Development Co. ....	[1970] R.C.S. 932 .....	767
Candler c. Crane Christmas & Co. ....	[1951] 1 All E.R. 426 .....	923
Canon Canada Inc. c. Sylvestre .....	2012 QCCS 1422 .....	20
Caparo Industries plc. c. Dickman .....	[1990] 1 All E.R. 568 .....	878, 919
Cass. civ., 25 juin 1907 .....	D.P. 1907.1.337 .....	98

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Cass. civ. 1 <sup>re</sup> , 18 janvier 2000 .....	Bull. civ. 1 10, n° 98-10.378 .....	98
Centre de santé et de services sociaux de l'Énergie c. Société immobilière Lemieux inc. ....	2011 QCCA 972 .....	111
Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail .....	[1990] 1 R.C.S. 1330 .....	33
Chahal c. Royaume-Uni .....	n° 22414/93, 15 novembre 1996 (HUDOC) ...	144
Chandler c. Alberta Association of Architects .....	[1989] 2 R.C.S. 848 .....	603
Chaoulli c. Québec (Procureur général) .....	2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791 .....	477
Childs c. Desormeaux .....	2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643 .....	875
Cie canadienne d'assurances générales Lombard c. Promutuel Portneuf-Champlain, société mutuelle d'assurances générales ...	2016 QCCA 1903 .....	82
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co. ....	[1992] 1 R.C.S. 1021 .....	871, 919
Cinar Corp. c. Robinson .....	2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168 .....	258
Citadelle, Cie d'assurances générales c. Vytlingam .....	2007 CSC 46, [2007] 3 R.C.S. 373 .....	922
Clarke c. Johnson .....	2014 ONCA 237, 371 D.L.R. (4th) 618 ...	766, 784
Clements c. Clements .....	2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181 .....	905
Clutton c. Attenborough & Son .....	[1897] A.C. 90 .....	332, 350
Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc. ....	2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069 .....	592
Cobbe c. Yeoman's Row Management Ltd. ....	[2008] UKHL 55, [2008] 1 W.L.R. 1752 ...	771
Coco c. A.N. Clark (Engineers) Ltd. ....	[1969] R.P.C. 41 .....	221
Cogefimo inc. c. Société Coinamatic inc. ....	[1998] R.D.I. 193 .....	112
Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée .....	2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473 .....	311
Colombie-Britannique c. Zastowny .....	2008 CSC 4, [2008] 1 R.C.S. 27 .....	907
Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU .....	[1999] 3 R.C.S. 3 .....	853
Colpitts c. The Queen .....	[1965] R.C.S. 739 .....	644
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd. ....	[1985] 2 R.C.S. 536 .....	815, 837
Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval .....	2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29 .....	19, 466
Commonwealth of Australia c. Verwayen .....	(1990), 170 C.L.R. 394 .....	778
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne) .....	[1987] 1 R.C.S. 1114 .....	815
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général) .....	2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135 .....	524
Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village) .....	2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650 .....	420
Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15 ...	[1997] 1 R.C.S. 487 .....	523
Construction BFC Foundation Ltée c. Entreprises Pro-Sag inc. ....	2013 QCCA 1253 .....	84
Consumers Cordage Co. c. St. Gabriel Land & Hydraulic Co. ....	[1945] R.C.S. 158 .....	94
Cooper c. Fenwick .....	[1994] O.J. No. 2148 (QL) .....	792
Cooper c. Hobart .....	2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537 ...	871, 919
Crabb c. Arun District Council .....	[1975] 3 All E.R. 865 .....	767
Crabb c. Arun District Council .....	[1976] 1 Ch. 179 .....	783
Cyclorama de Jérusalem Inc. c. Congrégation du Très Saint Rédempteur .....	[1964] R.C.S. 595 .....	95



INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>D</b>		
D'Amato c. Badger .....	[1996] 2 R.C.S. 1071 .....	919
de Montigny c. Brossard (Succession) .....	2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64 .....	778
Delane Industry Co. c. PCI Properties Corp. ....	2014 BCCA 285, 359 B.C.A.C. 61 .....	768
Delgamuukw c. Colombie-Britannique .....	[1997] 3 R.C.S. 1010 .....	425, 592
Descôteaux c. Mierzwinski .....	[1982] 1 R.C.S. 860 .....	172
Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc. ....	2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178 .....	99
Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) .....	2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157 ....	142, 417
Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles) .....	[1993] 2 R.C.S. 756 .....	23
Donoghue c. Stevenson .....	[1932] A.C. 562 .....	877
Doré c. Barreau du Québec .....	2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395 .....	445
Doré c. Verdun (Ville) .....	[1997] 2 R.C.S. 862 .....	265, 284
Droit de la famille — 171197 .....	2017 QCCA 861 .....	78
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick .....	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 ...	16, 34, 43, 470, 480, 505, 520, 814
<b>E</b>		
E. & S. Salsberg inc. c. Dylex Ltd. ....	[1992] R.J.Q. 2445 .....	103, 124
Eberts c. Carleton Condominium Corp. No. 396 .....	(2000), 136 O.A.C. 317 .....	768
École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général) .....	2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613 ....	415, 439
Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd. ....	[1993] 3 R.C.S. 206 .....	883
Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd. ....	2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293 ....	20, 508, 525
Edwards c. Barreau du Haut-Canada .....	2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562 .....	874
Ellis c. Eddy Holding Ltd. ....	(1996), 7 R.P.R. (3d) 70 .....	779
Endean c. Colombie-Britannique .....	2016 CSC 42, [2016] 2 R.C.S. 162 .....	227
Éolelectric inc. c. Kruger, groupe Énergie .....	2015 QCCA 365 .....	79
Équipement LDL inc. c. Toyota Canada inc. ....	2008 QCCS 4943 .....	104
Erickson c. Jones .....	2008 BCCA 379, 299 D.L.R. (4th) 465 ....	767
États-Unis c. Burns .....	2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283 .....	141
<b>F</b>		
Ferme Vi-Ber inc. c. Financière agricole du Québec .....	2016 CSC 34, [2016] 1 R.C.S. 1032 .....	87
Figueroa c. Canada (Procureur général) .....	2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912 .....	439
Fils-Aimé c. Montréal (Ville) .....	2003 CanLII 19812 .....	268
Finney c. Barreau du Québec .....	2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17 .....	535
Fix Fast Ltd. c. Royal Bank of Canada .....	C.S. Qc, n° 681,011, 21 mai 1970 .....	342
Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse ...	[1982] 2 R.C.S. 488 .....	333, 365
Fontaine c. Canada (Attorney General) .....	2013 ONSC 684, 114 O.R. (3d) 263 .....	220
Fontaine c. Canada (Attorney General) .....	2014 ONSC 283, [2014] 2 C.N.L.R. 86 ....	217
Fortin c. Chrétien .....	2001 CSC 45, [2001] 2 R.C.S. 500 ....	506, 519
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Trans- ports) .....	[1992] 1 R.C.S. 3 .....	195
Fullowka c. Pinkerton's of Canada Ltd. ....	2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132 .....	875

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>G</b>		
Gasse c. Québec (Ville) .....	2004 CanLII 4468 .....	268
Gauthier c. Beaumont .....	[1998] 2 R.C.S. 3 .....	272
Gillett c. Holt .....	[2001] Ch. 210 .....	770
Glanzer c. Shepard .....	135 N.E. 275 (1922) .....	878
Godbout c. Longueuil (Ville) .....	[1997] 3 R.C.S. 844 .....	477
Gosselin c. Québec (Procureur général) .....	2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429 .....	477
Goulet c. Cie d' Assurance-Vie Transamerica du Canada .....	2002 CSC 21, [2002] 1 R.C.S. 719 .....	99
Grant c. Torstar Corp. ....	2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640 .....	684
Grant c. Vaughan .....	(1764), 3 Burr. 1516, 97 E.R. 957 .....	354
Gravel c. Cité de St-Léonard .....	[1978] 1 R.C.S. 660 .....	829
Green c. Société du Barreau du Manitoba .....	2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360 .....	554
Gregory c. Château Drummond inc. ....	2012 QCCA 601 .....	109
Griffiths c. Williams .....	[1978] 2 E.G.L.R. 121 .....	777
Gross c. Great-West Life Assurance Co. ....	2002 ABCA 37, 299 A.R. 142 .....	884
Gunn Estate, Re .....	2010 PECA 13, 200 Nfld. & P.E.I.R. 197 ...	775, 792
Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national .....	[1977] 1 R.C.S. 271 .....	311
<b>H</b>		
Habitations Gilles Stébenne inc. c. 9166-9929 Québec inc. ....	2016 QCCS 2953 .....	79
Haig c. Bamford .....	[1977] 1 R.C.S. 466 .....	874
Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission) .....	2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364 .....	301
Hall c. Hebert .....	[1993] 2 R.C.S. 159 .....	907
Harley c. Bank of Toronto .....	[1938] 2 D.L.R. 135 .....	332
Hart Building Supplies Ltd. c. Deloitte & Touche .....	2004 BCSC 55, 41 C.C.L.T. (3d) 240 .....	908
Harvey c. Guerreiro .....	[2005] R.J.Q. 1817 .....	505
Harvey c. Trois-Rivières (Ville) .....	2006 QCCS 3192 .....	268
Hatchwell c. La Reine .....	[1976] 1 R.C.S. 39 .....	958
Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique .....	2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391 ....	417, 484
Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young .....	[1997] 2 R.C.S. 165 .....	866, 919
Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie .....	2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306 ....	228, 548
Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth .....	2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129 .....	875
Hogarth c. Rocky Mountain Slate Inc. ....	2013 ABCA 57, 542 A.R. 289 .....	920
Housen c. Nikolaisen .....	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 .....	772
Hughes-Holland c. BPE Solicitors .....	[2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029 ...	901, 920
Hunter c. Southam Inc. ....	[1984] 2 R.C.S. 145 .....	621, 685, 708, 719
<b>I</b>		
Idle-O Apartments Inc. c. Charlyn Investments Ltd. ....	2014 BCCA 451, [2015] 2 W.W.R. 243 ....	766, 783
Idziak c. Canada (Ministre de la Justice) .....	[1992] 3 R.C.S. 631 .....	142

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Immeubles Régime XV inc. c. Indigo Books & Music Inc. ....	2012 QCCA 239 .....	82
In re A Solicitor's Clerk .....	[1957] 1 W.L.R. 1219 .....	314
In re Clayton .....	[1983] 2 W.L.R. 555 .....	549
Inde c. Badesha .....	2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127 .....	417
Islamic Republic of Iran c. Hashemi .....	2012 QCCA 1449, [2012] R.J.Q. 1567 .....	257, 277
<b>J</b>		
J.G. c. Nadeau .....	2016 QCCA 167 .....	113
J.V. c. Cie d'assurance-vie Croix Bleue .....	2013 QCCA 1686 .....	108
Jackson Estate, Re .....	(2004), 192 O.A.C. 161 .....	792
Janzen c. Platy Enterprises Ltd. ....	[1989] 1 R.C.S. 1252 .....	818, 837, 849
Jennings c. Rice .....	[2002] EWCA Civ. 159, [2003] 1 P. & C.R. 100 .....	778, 789
<b>K</b>		
Kamloops (Ville) c. Nielsen .....	[1984] 2 R.C.S. 2 .....	872
Katz c. United States .....	389 U.S. 347 (1967) .....	622
Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran .....	2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176 .....	258, 275
Keptigalla Rubber Estates, Ltd. c. National Bank of India, Ltd. ....	[1909] 2 K.B. 1010 .....	347
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice) .....	[1991] 2 R.C.S. 779 .....	141
<b>L</b>		
Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd. ....	[1989] 2 R.C.S. 574 .....	221
Lac-Sergent (Ville) c. Lapointe .....	2012 QCCA 1935 .....	87
Lake c. Canada (Ministre de la Justice) .....	2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761 .....	132
Lamco II s.e.c. c. Québec (Ville) .....	2016 QCCA 757 .....	81
Larouche c. Néron .....	2016 QCCA 692 .....	81
Lavier c. MyTravel Canada Holidays Inc. ....	2013 ONCA 92, 359 D.L.R. (4th) 713 .....	229
Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge .....	2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23 .....	228
Lepage c. Méthot .....	[2003] R.J.Q. 861 .....	267, 284
Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc. ....	2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591 .....	507
Little Narrows Gypsum Co. c. Labour Relations Board (Nova Scotia) .....	(1977), 24 N.S.R. (2d) 406 .....	604
Lizotte c. Aviva, Cie d'assurance du Canada .....	2016 CSC 52, [2016] 2 R.C.S. 521 .....	195
London (City) c. Young .....	2008 ONCA 429, 91 O.R. (3d) 215 .....	552
<b>M</b>		
M.M. c. États-Unis d'Amérique .....	2015 CSC 62, [2015] 3 R.C.S. 973 .....	141
Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général) .....	2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623 .....	601
Maple Leaf Mills Inc. and U.F.C.W., Loc. 401, Re .....	(1995), 50 L.A.C. (4th) 246 .....	472
Martin c. Dupont .....	2016 QCCA 475 .....	77
McCormick c. Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L./s.r.l. ....	2014 CSC 39, [2014] 2 R.C.S. 108 .....	810, 836, 843
McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission) .....	2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895 .....	21, 525

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) .....	2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539 .....	304
Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771 .....	2005 CSC 70, [2005] 3 R.C.S. 425 .....	829
Metroland Printing, Publishing & Distribution Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce .....	(2001), 14 B.L.R. (3d) 212 .....	343, 377
Metroland Printing, Publishing and Distribution Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce .....	(2002), 158 O.A.C. 111 .....	330
Minet c. Gibson .....	(1789), 1 R.R. 754 .....	355
Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville .....	[1982] 2 R.C.S. 518 .....	376
Mitchell c. M.R.N. ....	2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911 .....	425
Montréal (Ville) c. Tarquini .....	[2001] R.J.Q. 1405 .....	257, 276
Montréal, Maine & Atlantique Canada Cie (Montreal, Maine & Atlantic Canada Co.) (MMA), Re .....	2014 QCCA 2072, 49 R.P.R. (5th) 210 .....	76
Moore c. Colombie-Britannique (Éducation) .....	2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360 .....	838
Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville) .....	2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3 ... 19, 415, 442, 508, 518	
Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys .....	2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256 .....	415, 439
Mustapha c. Culligan du Canada Ltée .....	2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114 ...	898, 921
<b>N</b>		
Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) .....	2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511 ...	421, 601
Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique .....	2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257 .....	425
National Trust Co. c. Fleury .....	[1965] R.C.S. 817 .....	790
Neale c. Katz .....	[1979] C.A. 192 .....	95, 122
Németh c. Canada (Justice) .....	2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281 .....	143
Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor) .....	2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 ...	446, 473
Nishi c. Rascal Trucking Ltd. ....	2013 CSC 33, [2013] 2 R.C.S. 438 .....	375
Noël c. Société d'énergie de la Baie James .....	2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207 .....	29, 51
Nolan c. Kerry (Canada) Inc. ....	2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678 .....	20
Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals .....	2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616 .....	20
North and South Wales Bank Ltd. c. Macbeth .....	[1908] A.C. 137 .....	332, 362
Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général) .....	2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309 ...	21, 37, 42
Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc. ....	2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604 .....	843
Nykredit Mortgage Bank plc. c. Edward Erdman Group Ltd. (No. 2) ...	[1997] 1 W.L.R. 1627 .....	903
<b>O</b>		
Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson .....	2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257 .....	508
Ontario (Procureur général) c. Fraser .....	2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3 .....	375
Ontario Refrigeration and Air Conditioning Contractors Assn. c. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada Local 787 .....	2016 ONCA 460, 131 O.R. (3d) 665 .....	21

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Ontario (Sécurité communautaire et Services correctionnels) c. Ontario (Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée) .....	2014 CSC 31, [2014] 1 R.C.S. 674 .....	503
Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni .....	n° 8139/09, CEDH 2012-I .....	146
Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co. ...	[1961] A.C. 388 .....	898, 923
<b>P</b>		
P. (W.) c. Alberta .....	2014 ABCA 404, 378 D.L.R. (4th) 629 .....	229
P.S. c. Québec (Emploi et Solidarité sociale) .....	2010 QCTAQ 11404, 2010 CanLII 70683 ...	506
Packer c. Packer .....	[1953] 2 All E.R. 127 .....	526
Parkway Pontiac Buick inc. c. General Motors du Canada ltée .....	2012 QCCS 618 .....	104
Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324 .....	2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157 .....	20, 195
People c. Callen .....	194 Cal.App.3d 558 (1987) .....	167
Pépin c. Pépin .....	2012 QCCA 1661 .....	86, 109
Pères c. Québec (Commission de la fonction publique) .....	2000 CanLII 18759 .....	30
Personne désignée c. Vancouver Sun .....	2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253 .....	165
Pétrolière Impériale c. Jacques .....	2014 CSC 66, [2014] 3 R.C.S. 287 .....	191
Pharmascience Inc. c. Binet .....	2006 CSC 48, [2006] 2 R.C.S. 513 .....	536
Pilcher c. Shoemaker .....	(1997), 13 R.P.R. (3d) 42 .....	779
Placements Sergakis inc. c. Société des loteries vidéo du Québec inc. ....	2009 QCCS 4976 .....	102
Platform Home Loans Ltd. c. Oyston Shipways Ltd. ....	[1999] 1 All E.R. 833 .....	921
Platform Home Loans Ltd. c. Oyston Shipways Ltd. ....	[2000] 2 A.C. 190 .....	903
Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien) .....	2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388 .....	601
Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc. ....	[1998] R.J.Q. 47 .....	77
<b>Q</b>		
Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin ...	2017 CSC 26, [2017] 1 R.C.S. 478 .....	229
Québec (Procureur général) c. Moses .....	2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557 .....	594
<b>R</b>		
R. c. A.M. ....	2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569 .....	626
R. c. Araujo .....	2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992 .....	734
R. c. B. (D.V.) .....	2010 ONCA 291, 100 O.R. (3d) 736 .....	993
R. c. B. (K.G.) .....	[1993] 1 R.C.S. 740 .....	376
R. c. Babos .....	2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309 .....	691
R. c. Barros .....	2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368 .....	166
R. c. Basi .....	2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389 .....	165
R. c. Beauchamp .....	2015 ONCA 260, 326 C.C.C. (3d) 280 .....	732
R. c. Belcourt .....	2015 BCCA 126, 322 C.C.C. (3d) 93 .....	731
R. c. Belnavis .....	(1996), 29 O.R. (3d) 321 .....	652, 662
R. c. Belnavis .....	[1997] 3 R.C.S. 341 .....	643, 658
R. c. Bernard .....	[1988] 2 R.C.S. 833 .....	375
R. c. Big M Drug Mart Ltd. ....	[1985] 1 R.C.S. 295 .....	398, 439, 719
R. c. Bjelland .....	2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651 .....	691

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Borden .....	[1994] 3 R.C.S. 145 .....	687
R. c. Bragg .....	2015 BCCA 498, 332 C.C.C. (3d) 145 .....	967
R. c. Buhay .....	2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631 ...	632, 657
R. c. C. (W.B.) .....	(2000), 142 C.C.C. (3d) 490 .....	646
R. c. Campbell .....	[1999] 1 R.C.S. 565 .....	172
R. c. Carleton .....	(1981), 32 A.R. 181 .....	961
R. c. Carty .....	2014 ONSC 212 .....	749
R. c. Chapman .....	2007 YKSC 55 .....	303
R. c. Chaulk .....	[1990] 3 R.C.S. 1303 .....	375
R. c. Chow .....	2005 CSC 24, [2005] 1 R.C.S. 384 .....	557
R. c. Cloutier .....	(1988), 43 C.C.C. (3d) 35 .....	574
R. c. Clunas .....	[1992] 1 R.C.S. 595 .....	546, 571
R. c. Cody .....	2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659 .....	181
R. c. Cole .....	2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34 ...	621, 649, 656, 708
R. c. Collins .....	[1987] 1 R.C.S. 265 .....	637, 687, 708
R. c. Côté .....	2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215 .....	751
R. c. Cox and Railton .....	(1884), 14 Q.B.D. 153 .....	172
R. c. Craig .....	2016 BCCA 154, 335 C.C.C. (3d) 28 .....	684
R. c. Crawford .....	[1995] 1 R.C.S. 858 .....	557
R. c. Croft .....	2013 ABQB 640, 304 C.C.C. (3d) 279 .....	748
R. c. Crowe .....	C.J. Ont., n° 10-10013990, 22 mars 2017 ...	973
R. c. Currie .....	[1997] 2 R.C.S. 260 .....	958, 985
R. c. D.A.I. .....	2012 CSC 5, [2012] 1 R.C.S. 149 .....	689
R. c. Duarte .....	[1990] 1 R.C.S. 30 .....	631, 665, 728
R. c. Dudley .....	2009 CSC 58, [2009] 3 R.C.S. 570 .....	573
R. c. Dymont .....	[1988] 2 R.C.S. 417 .....	632, 661, 719
R. c. Edwards .....	[1996] 1 R.C.S. 128 .....	621, 658, 706
R. c. Edwards Books and Art Ltd. ....	[1986] 2 R.C.S. 713 .....	416, 439
R. c. Fearon .....	2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621 ...	640, 656
R. c. Ferguson .....	2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96 .....	984
R. c. Finlay .....	(1985), 23 C.C.C. (3d) 48 .....	734
R. c. Gardiner .....	[1982] 2 R.C.S. 368 .....	958
R. c. Gauthier .....	[1977] 1 R.C.S. 441 .....	713
R. c. Giles .....	2007 BCSC 1147 .....	731
R. c. Gladue .....	[1999] 1 R.C.S. 688 .....	967, 989
R. c. Golden .....	2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679 .....	719
R. c. Gomboc .....	2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211 ...	626, 668, 724
R. c. Goodwin .....	2002 BCCA 513, 168 C.C.C. (3d) 14 .....	995
R. c. Grant .....	2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353 ...	639, 677, 750
R. c. Handy .....	2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908 .....	179
R. c. Hape .....	2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292 .....	691
R. c. Harrer .....	[1995] 3 R.C.S. 562 .....	691
R. c. Harrison .....	2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494 .....	641
R. c. Hart .....	2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544 .....	715
R. c. Henry .....	2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609 ...	375, 714

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Hiscock .....	[1992] R.J.Q. 895 .....	164, 166
R. c. Hoelscher .....	2016 ABQB 44 .....	747
R. c. Hooyer .....	2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81 .....	314
R. c. Horvath .....	(1997), 117 C.C.C. (3d) 110 .....	1000
R. c. Hurry .....	2002 ABQB 420, 165 C.C.C. (3d) 182 .....	713
R. c. Hutchinson .....	2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346 .....	689
R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée .....	2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45 .....	919
R. c. Ipeelee .....	2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433 .....	966, 988
R. c. Jacobson .....	(2006), 207 C.C.C. (3d) 270 .....	303
R. c. James .....	2011 ONCA 839, 283 C.C.C. (3d) 212 .....	645
R. c. Jamieson .....	(1981), 64 C.C.C. (2d) 550 .....	552
R. c. Jir .....	2010 BCCA 497, 264 C.C.C. (3d) 64 .....	713
R. c. Johnson .....	2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357 .....	966, 982
R. c. Jones .....	[1994] 2 R.C.S. 229 .....	715, 958, 960
R. c. Jones .....	2017 CSC 60, [2017] 2 R.C.S. 696 .....	627, 652
R. c. Jordan .....	2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631 .....	557
R. c. K.R.J. ....	2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906 .....	312
R. c. Kang-Brown .....	2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456 .....	626
R. c. Kasakan .....	2006 SKCA 14, [2006] 8 W.W.R. 23 .....	303
R. c. Keller .....	2009 ABCA 418, 469 A.R. 151 .....	303
R. c. Khan .....	2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823 .....	574
R. c. Knoblauch .....	2000 CSC 58, [2000] 2 R.C.S. 780 .....	304
R. c. Kutynec .....	(1991), 7 O.R. (3d) 277 .....	181
R. c. Lacasse .....	2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089 .....	967
R. c. Langevin .....	(1984), 45 O.R. (2d) 705 .....	986
R. c. Last .....	2009 CSC 45, [2009] 3 R.C.S. 146 .....	558
R. c. Law .....	2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227 .....	667, 720
R. c. Lebar .....	2010 ONCA 220, 101 O.R. (3d) 263 .....	303
R. c. Leipert .....	[1997] 1 R.C.S. 281 .....	166
R. c. Lloyd .....	2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130 .....	965, 984
R. c. Lowrey .....	2016 ABPC 131, 357 C.R.R. (2d) 76 .....	684
R. c. Lyons .....	[1987] 2 R.C.S. 309 .....	954, 980
R. c. Malmo-Levine .....	2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571 .....	477
R. c. Marakah .....	2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608 .....	709, 740
R. c. Massick .....	(1985), 21 C.C.C. (3d) 128 .....	549
R. c. McBride .....	2016 BCSC 1059 .....	688
R. c. McClure .....	2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445 .....	171
R. c. McQueen .....	(1975), 25 C.C.C. (2d) 262 .....	731
R. c. Middleton .....	2009 CSC 21, [2009] 1 R.C.S. 674 .....	304
R. c. Morelli .....	2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253 .....	736
R. c. Nasogaluak .....	2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206 .....	989
R. c. Nedelcu .....	2012 CSC 59, [2012] 3 R.C.S. 311 .....	714
R. c. Neve .....	1999 ABCA 206, 137 C.C.C. (3d) 97 .....	961, 986
R. c. Newman .....	(1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 197 .....	961
R. c. Nolet .....	2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851 .....	687
R. c. Nur .....	2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773 .....	966, 984
R. c. Oakes .....	[1986] 1 R.C.S. 103 .....	999
R. c. Oliver .....	(1997), 114 C.C.C. (3d) 50 .....	961

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Orlandis-Habsburgo .....	2017 ONCA 649 .....	636, 686
R. c. Osborne .....	2014 MBCA 73, 314 C.C.C. (3d) 57 .....	967
R. c. Paterson .....	2017 CSC 15, [2017] 1 R.C.S. 202 ...	640, 751
R. c. Patrick .....	2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579 ...	622, 649, 656, 711
R. c. Payne .....	(2001), 41 C.R. (5th) 156 .....	992
R. c. Pham .....	2013 CSC 15, [2013] 1 R.C.S. 739 .....	312
R. c. Plant .....	[1993] 3 R.C.S. 281 .....	630, 657, 719
R. c. Proulx .....	2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61 .....	302, 821, 972
R. c. Pugliese .....	(1992), 8 O.R. (3d) 259 .....	657
R. c. Pugliese .....	(1992), 71 C.C.C. (3d) 295 .....	720
R. c. Quesnelle .....	2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390 .....	670
R. c. R.S. ....	2016 ONSC 7767 .....	994
R. c. Radcliffe .....	2017 ONCA 176, 347 C.C.C. (3d) 3 .....	993
R. c. Reeves .....	2017 ONCA 365, 350 C.C.C. (3d) 1 .....	687
R. c. Rendon .....	1999 CanLII 9511 .....	666
R. c. Robinson .....	[1996] 1 R.C.S. 683 .....	379
R. c. Rodgeron .....	2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760 ...	557, 570
R. c. Rogers Communications Partnership .....	2016 ONSC 70, 128 O.R. (3d) 692 .....	671
R. c. Rose .....	[1998] 3 R.C.S. 262 .....	227
R. c. S.J.L. ....	2009 CSC 14, [2009] 1 R.C.S. 426 ...	546, 564
R. c. S.M. ....	(2005), 196 O.A.C. 127 .....	985
R. c. Safarzadeh-Markhali .....	2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180 ...	966, 988
R. c. Sandhu .....	(1993), 82 C.C.C. (3d) 236 .....	659
R. c. Sandhu .....	2014 BCSC 303 .....	684
R. c. Sandhu .....	2014 ONCJ 95 .....	303
R. c. Saundercook-Menard .....	2008 ONCA 493 .....	303
R. c. Scott .....	[1990] 3 R.C.S. 979 .....	167
R. c. Shah .....	2003 BCCA 294, 182 B.C.A.C. 142 .....	302
R. c. Shayesteh .....	(1996), 31 O.R. (3d) 161 .....	666, 725
R. c. Shea .....	2017 NSCA 43, 349 C.C.C. (3d) 231 .....	987
R. c. Sipos .....	2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423 ...	957, 1000
R. c. Smarch .....	2015 YKCA 13, 374 B.C.A.C. 291 ...	967, 994
R. c. Smith .....	[1987] 1 R.C.S. 1045 .....	966
R. c. Société TELUS Communications .....	2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3 .....	624, 656, 706, 742
R. c. Spencer .....	2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212 ...	621, 649, 656, 709
R. c. Steele .....	2014 CSC 61, [2014] 3 R.C.S. 138 ...	966, 985
R. c. Stillman .....	[1997] 1 R.C.S. 607 .....	661, 720
R. c. Sullivan .....	(1987), 20 O.A.C. 323 .....	961
R. c. Szostak .....	2014 ONCA 15, 118 O.R. (3d) 401 ...	956, 987
R. c. Taillefer .....	2015 ONSC 2357 .....	985
R. c. Tessling .....	2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432 ...	621, 649, 656, 708
R. c. Trapp .....	2011 SKCA 143, 377 Sask. R. 246 .....	721
R. c. Ulybel Enterprises Ltd. ....	2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867 .....	829



INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Van der Peet .....	[1996] 2 R.C.S. 507 .....	425, 448, 592
R. c. Videoflicks Ltd. ....	(1984), 48 O.R. (2d) 395 .....	416
R. c. Vine .....	(1875), L.R. 10 Q.B. 195 .....	314
R. c. Vu .....	2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657 ...	650, 736
R. c. Vukelich .....	(1996), 108 C.C.C. (3d) 193 .....	181
R. c. W.C.B. ....	2001 CSC 17, [2001] 1 R.C.S. 530 .....	646
R. c. Walsh .....	2017 BCCA 195, 348 C.C.C. (3d) 1 .....	992
R. c. Warawa .....	2011 ABCA 294, 278 C.C.C. (3d) 409 .....	967
R. c. Ward .....	2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321 ...	623, 657
R. c. White .....	[1998] 2 R.C.S. 72 .....	180
R. c. White .....	[1999] 2 R.C.S. 417 .....	716
R. c. Wildman .....	[1984] 2 R.C.S. 311 .....	644
R. c. Wiles .....	2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895 .....	984
R. c. Williams .....	[1998] 1 R.C.S. 1128 .....	989
R. c. Wills .....	(1992), 7 O.R. (3d) 337 .....	687
R. c. Wong .....	[1990] 3 R.C.S. 36 .....	625, 650, 657, 709
R. c. Wu .....	2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530 .....	304
Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada .....	[1991] 3 R.C.S. 3 .....	906
Re Basham (deceased) .....	[1987] 1 All E.R. 405 .....	774
Re Burke .....	(1959), 20 D.L.R. (2d) 396 .....	790
Re Harris .....	(1915), 22 D.L.R. 381 .....	775
Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co. ...	(1965), 16 L.A.C. 73 .....	467
Re Moore and the Queen .....	(1984), 10 C.C.C. (3d) 306 .....	993
Re Smith .....	[1971] 1 O.R. 584 .....	792
Regent Taxi and Transport Co. c. Congrégation des Petits Frères de Marie .....	[1932] A.C. 295 .....	266, 282
Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.) .....	2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783 .....	567
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.) ....	[1987] 1 R.C.S. 313 .....	416
Renvoi relatif à la sécession du Québec .....	[1998] 2 R.C.S. 217 .....	312, 520
Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.) .....	[1991] 2 R.C.S. 158 .....	439
Reza c. Canada .....	[1994] 2 R.C.S. 394 .....	229
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....	[1998] 1 R.C.S. 27 .....	30, 197, 265, 281, 306, 509, 527, 727, 815, 843
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général) .....	[1995] 3 R.C.S. 199 .....	484
Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor) .....	[1987] 2 R.C.S. 84 .....	815, 837, 849
Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, com- positeurs et éditeurs de musique .....	2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283 .....	19, 508, 525
Rouge Resto-bar inc. c. Zoom Média inc. ....	2013 QCCA 443 .....	79
Rouge Valley Health System c. TD Canada Trust .....	2012 ONCA 17, 108 O.R. (3d) 561 .....	378
Ryan c. Moore .....	2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53 .....	767
<b>S</b>		
S.L. c. Commission scolaire des Chênes .....	2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235 .....	418, 442
Saadati c. Moorhead .....	2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543 .....	877
Sabey c. von Hopffgarten Estate .....	2014 BCCA 360, 378 D.L.R. (4th) 64 .....	766, 783

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Said c. Pays-Bas .....	5 juillet 2005, Recueil 2005-VI .....	144
Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd. ....	2014 QCCA 826 .....	78, 107
Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott .....	2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467 .....	415
Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp. ....	2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633 .....	81, 108, 228
Schachter c. Canada .....	[1992] 2 R.C.S. 679 .....	999
Scholz c. Scholz .....	2013 BCCA 309, 340 B.C.A.C. 151 .....	766
Schreiber c. Canada (Procureur général) .....	2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269 .....	257, 274
Schwark Estate c. Cutting .....	2010 ONCA 61, 316 D.L.R. (4th) 105 .....	784
Services Matrec inc. c. CFH Sécurité inc. ....	2014 QCCA 221 .....	121
Shell Canada Ltd. c. Communications Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 835 .....	[2001] A.G.A.A. No. 51 (QL) .....	472
Slaight Communications Inc. c. Davidson .....	[1989] 1 R.C.S. 1038 .....	195
Sledmore c. Dalby .....	(1996), 72 P. & C.R. 196 .....	778
Smith c. Alliance Pipeline Ltd. ....	2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160 .....	23
Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail) ...	[1995] 1 R.C.S. 157 .....	523
Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc. ....	2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615 .....	20, 280
Sohio Petroleum Co. c. Weyburn Security Co. ....	[1971] R.C.S. 81 .....	767
Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dos- siers de santé en Ontario) .....	[1981] 2 R.C.S. 494 .....	169
Solosky c. La Reine .....	[1980] 1 R.C.S. 821 .....	172
South Australia Asset Management Corp. c. York Montague Ltd. ....	[1996] 3 All E.R. 365 .....	919
South Australia Asset Management Corp. c. York Montague Ltd. ....	[1997] A.C. 191 .....	902
Southern Pacific Mortgages Ltd. c. Scott .....	[2014] UKSC 52, [2015] A.C. 385 .....	785
Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique .....	2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609 .....	141, 375
Standard Broadcasting Corp. c. Stewart .....	[1994] R.J.Q. 1751 .....	124
Station Mont-Tremblant c. Banville-Joncas .....	2017 QCCA 939 .....	76
Staub c. Staub Estate .....	2003 ABCA 122, 226 D.L.R. (4th) 327 .....	776
Stewart c. Elk Valley Coal Corp. ....	2017 CSC 30, [2017] 1 R.C.S. 591 .....	838
Stone & Rolls Ltd. (in liquidation) c. Moore Stephens .....	[2009] UKHL 39, [2009] 1 A.C. 1391 .....	910
Succession Odhavji c. Woodhouse .....	2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263 .....	875
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 .....	144
Sutherland Shire Council c. Heyman .....	(1985), 60 A.L.R. 1 .....	923
Sykes c. Rosebery Parklands Development Society .....	2011 BCCA 15, 330 D.L.R. (4th) 84 .....	767
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. So- ciété des alcools du Nouveau-Brunswick .....	[1979] 2 R.C.S. 227 .....	20
Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, sec- tion locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée .....	2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458 .....	466, 481
Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur gé- néral) .....	2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61 .....	49
Syndicat des techniciens et techniciennes du cinéma et vidéo du Qué- bec c. Mancone .....	[2002] R.J.Q. 2905 .....	33
Syndicat Northcrest c. Amselem .....	2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551 .....	413, 439
<b>T</b>		
Tataryn c. Succession Tataryn .....	[1994] 2 R.C.S. 807 .....	790
Tatlock c. Harris .....	(1789), 3 T.R. 174, 100 E.R. 517 .....	355
Taylor's Fashions Ltd. c. Liverpool Victoria Trustees Co. ....	[1981] 1 All E.R. 897 .....	766

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Taylor's Fashions Ltd. c. Liverpool Victoria Trustees Co. ....	[1982] 1 Q.B. 133 .....	786
Temelini c. Ontario Provincial Police (Commissioner) .....	(1999), 44 O.R. (3d) 609 .....	201
Temseel Holdings Ltd. c. Beaumonts Chartered Accountants .....	[2002] EWHC 2642 (Comm.), [2003] P.N.L.R. 27 .....	925
Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence) .....	2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161 .....	21
Tétreault c. Gagnon .....	[1962] R.C.S. 766 .....	76, 117
Thailand (Kingdom) c. Saxena .....	2006 BCCA 98, 265 D.L.R. (4th) 55 .....	148
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général) .....	[1998] 1 R.C.S. 877 .....	684
Thorner c. Major .....	[2009] UKHL 18, [2009] 1 W.L.R. 776 ....	766, 784
Tiny (Township) c. Battaglia .....	2013 ONCA 274, 305 O.A.C. 372 .....	784
Tremblay c. Lapointe .....	[2004] R.R.A. 854 .....	268
Tremblay c. Québec (Tribunal des professions) .....	2006 QCCA 1441, 61 Admin. L.R. (4th) 67 .....	536
Triou c. Teman .....	2016 QCCA 908 .....	92
Turenne c. Banque Nationale du Canada .....	[1983] J.Q. n° 354 (QL) .....	108
<b>U</b>		
Ultramares Corp. c. Touche .....	174 N.E. 441 (1931) .....	878
United Nurses of Alberta c. Alberta Health Services .....	2014 CanLII 50285 .....	468
Université de la Colombie-Britannique c. Berg .....	[1993] 2 R.C.S. 353 .....	816, 844
<b>V</b>		
Vancouver (Ville) c. Ward .....	2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28 .....	689
Vinden c. Hughes .....	[1905] 1 K.B. 795 .....	332, 362
Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92 .....	2004 CSC 23, [2004] 1 R.C.S. 609 .....	484
<b>W</b>		
Walton c. Walton .....	E.W.C.A., 14 avril 1994 .....	770
Waltons Stores (Interstate) Ltd. c. Maher .....	(1988), 76 A.L.R. 513 .....	769
Watson c. Goldsbrough .....	[1986] 1 E.G.L.R. 265 .....	774, 788
Weber c. Ontario Hydro .....	[1995] 2 R.C.S. 929 .....	23
Westboro Flooring & Décor Inc. c. Bank of Nova Scotia .....	2002 CanLII 7479 .....	378
Westboro Flooring and Décor Inc. c. Bank of Nova Scotia .....	(2004), 71 O.R. (3d) 723 .....	375
Westmount (Ville) c. Rossy .....	2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136 .....	922
Wettstein c. Wettstein .....	1992 CarswellBC 1421 (WL Can.) .....	768
Wightman c. Widdrington (Succession) .....	2013 QCCA 1187, [2013] R.J.Q. 1054 .....	920
Willmott c. Barber .....	(1880), 15 Ch. D. 96 .....	767
Wilson c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) ...	2015 CSC 47, [2015] 3 R.C.S. 300 .....	21
Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée .....	2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770 .....	22, 507
Winnipeg School Division No. 1 c. Craton .....	[1985] 2 R.C.S. 150 .....	837
Wolff c. Canada (Attorney General) .....	2017 BCCA 30, 95 B.C.L.R. (5th) 15 .....	766
<b>Y</b>		
Yeoman's Row Management Ltd. c. Cobbe .....	[2008] UKHL 55, [2008] 4 All E.R. 713 ....	786
Yuen Kun Yeu c. Attorney-General of Hong Kong .....	[1988] 1 A.C. 175 .....	883

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
<i>Act respecting administrative justice</i> , CQLR, c. J-3 s. 102 .....	488	<i>Crown Liability and Proceedings Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-50 s. 27 .....	184
<b>E</b>			
<i>Act respecting the Barreau du Québec</i> , CQLR, c. B-1 s. 128(2)(a)(5) .....	488	<i>Extradition Act</i> , S.C. 1999, c. 18 s. 44(1)(a) .....	127
s. 129(b) .....	488		
<b>B</b>			
<i>Bills of Exchange Act</i> , R.S.C. 1985, c. B-4 s. 20(5) .....	317		
<b>C</b>			
<i>Civil Code of Québec</i> art. 1425 .....	59		
art. 1512 .....	59		
art. 2925 .....	250		
art. 2930 .....	250		
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> s. 2(a) .....	386		
s. 7 .....	127, 456, 936		
s. 8 .....	696		
s. 12 .....	936		
s. 24(2) .....	608		
<i>Cities and Towns Act</i> , CQLR, c. C-19 s. 586 .....	250		
<i>Constitution Act, 1982</i> s. 35 .....	386		
<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46 s. 183 .....	696		
s. 487.012 .....	696		
s. 686(1)(b)(iii) .....	608		
s. 753(1) .....	936		
s. 753(4.1) .....	936		
<b>H</b>			
		<i>Health Insurance Act</i> , CQLR, c. A-29 s. 19 .....	3
		s. 54 .....	3
<b>I</b>			
		<i>Human Rights Code</i> , R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 1 .....	795
		s. 13(1)(b) .....	795
		s. 27(1)(a) .....	795
<b>I</b>			
		<i>Immigration and Refugee Protection Act</i> , S.C. 2001, c. 27 s. 36(1)(a) .....	289
		<i>Interpretation Act</i> , R.S.C. 1985, c. I-21 s. 17 .....	184



## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>C</b>			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> , L.C. 2001, c. 27	
art. 2a) .....	386	art. 36(1)a) .....	289
art. 7 .....	127, 456, 936	<i>Loi sur la justice administrative</i> , RLRQ, c. J-3	
art. 8 .....	696	art. 102 .....	488
art. 12 .....	936	<i>Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif</i> , L.R.C. 1985, c. C-50	
art. 24(2) .....	608	art. 27 .....	184
<i>Civil Code of Québec</i>		<i>Loi sur le Barreau</i> , RLRQ, c. B-1	
art. 1425 .....	59	art. 128(2)a)5° .....	488
art. 1512 .....	59	art. 129b) .....	488
art. 2925 .....	250	<i>Loi sur les cités et villes</i> , RLRQ, c. C-19	
art. 2930 .....	250	art. 586 .....	250
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, c. C-46		<i>Loi sur les lettres de change</i> , L.R.C. 1985, c. B-4	
art. 183 .....	696	art. 20(5) .....	317
art. 487.012 .....	696		
art. 686(1)b)(iii) .....	608		
art. 753(1) .....	936		
art. 753(4.1) .....	936		
<b>H</b>			
<i>Human Rights Code</i> , R.S.B.C. 1996, c. 210			
art. 1 .....	795		
art. 13(1)(b) .....	795		
art. 27(1)(a) .....	795		
<b>L</b>			
<i>Loi constitutionnelle de 1982</i>			
art. 35 .....	386		
<i>Loi d'interprétation</i> , L.R.C. 1985, c. I-21			
art. 17 .....	184		
<i>Loi sur l'assurance maladie</i> , RLRQ, c. A-29			
art. 19 .....	3		
art. 54 .....	3		
<i>Loi sur l'extradition</i> , L.C. 1999, c. 18			
art. 44(1)a) .....	127		



## AUTHORS CITED

---

## DOCTRINE CITÉE

	PAGES
<i>Anger &amp; Honsberger Law of Real Property</i> , 3rd ed. by Anne Warner La Forest. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated December 2016, release 17). .....	767
Ashworth, Andrew. <i>Positive Obligations in Criminal Law</i> . Oxford: Hart, 2013. ....	310
Azéma, Jacques. <i>La durée des contrats successifs</i> , Paris, L.G.D.J., 1969. ....	81, 118
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. <i>Les obligations</i> , 7 <sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013. ....	76, 107
Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. <i>La responsabilité civile</i> , 8 <sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014. ....	267
Beever, Allan. <i>Rediscovering the Law of Negligence</i> . Oxford: Hart, 2007. ....	878
Bergel, Jean-Louis. « Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation », dans <i>Le nouveau Code civil : interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992</i> , Montréal, Thémis, 1993, 3. ....	270
<i>Black's Law Dictionary</i> , 10th ed. by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, “indeterminate”. ....	884
Blom, Joost. “Do We Really Need the <i>Anns</i> Test for Duty of Care in Negligence?” (2016), 53 <i>Alta. L. Rev.</i> 895. ....	931
Bright, Susan, and Ben McFarlane. “Proprietary Estoppel and Property Rights” (2005), 64 <i>Cambridge L.J.</i> 449. ....	766
Brown, Donald J. M., and David M. Beatty, with the assistance of Christine E. Deacon. <i>Canadian Labour Arbitration</i> , vol. 1, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 2017 (loose-leaf updated June 2017, release 58). ....	466
Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> . Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated April 2017, release 1). ....	22, 36, 301
Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> . Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated July 2017, release 2). ....	603
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. <i>Droit constitutionnel</i> , 6 <sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014. ....	196
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration. <i>Témoignages</i> , n <sup>o</sup> 064, 1 <sup>re</sup> sess., 41 <sup>e</sup> lég., 28 novembre 2012, p. 2-5. ....	305
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. IV, 2 <sup>e</sup> sess., 34 <sup>e</sup> lég., 1 <sup>er</sup> novembre 1989, p. 5415. ....	200



	PAGE
Canada. Comité de la statistique correctionnelle du portefeuille ministériel de Sécurité publique Canada. <i>Aperçu statistique : Le système correctionnel et la mise en liberté sous condition</i> , Rapport annuel 2008, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2008. ....	987
Canada. Comité de la statistique correctionnelle du portefeuille ministériel de Sécurité publique Canada. <i>Aperçu statistique : Le système correctionnel et la mise en liberté sous condition</i> , Rapport annuel 2015, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2016. ....	987
Canada. Comité de la statistique correctionnelle du portefeuille ministériel de Sécurité publique Canada. <i>Aperçu statistique : Le système correctionnel et la mise en liberté sous condition</i> , Rapport annuel 2016, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2016. ....	987, 989
Canada. Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada. <i>Rapport de la Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada</i> , Ottawa, Imprimerie du Roi, 1938. ....	957
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. <i>Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones</i> , vol. 2, <i>Une relation à redéfinir</i> , Ottawa, La Commission, 1996. ....	582
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. IV, 2nd Sess., 34th Parl., November 1, 1989, p. 5414. ....	200
Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. <i>Evidence</i> , No. 064, 1st Sess., 41st Parl., November 28, 2012, pp. 2-5. ....	305
Canada. Public Safety Canada Portfolio Corrections Statistics Committee. <i>Corrections and Conditional Release Statistical Overview</i> , 2008 Annual Report. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2008. ....	987
Canada. Public Safety Canada Portfolio Corrections Statistics Committee. <i>Corrections and Conditional Release Statistical Overview</i> , 2015 Annual Report. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2016. ....	987
Canada. Public Safety Canada Portfolio Corrections Statistics Committee. <i>Corrections and Conditional Release Statistical Overview</i> , 2016 Annual Report. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2017. ....	987
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. <i>Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples</i> , vol. 2, <i>Restructuring the Relationship</i> . Ottawa: The Commission, 1996. ....	582
Canada. Royal Commission to Investigate the Penal System of Canada. <i>Report of the Royal Commission to Investigate the Penal System of Canada</i> . Ottawa: King's Printer, 1938. ....	957
Canada. Sénat. <i>Débats du Sénat</i> , vol. 148, n° 168, 1 <sup>re</sup> sess., 41 <sup>e</sup> lég., 30 mai 2013, p. 4081. ....	305
Canada. Senate. <i>Debates of the Senate</i> , vol. 148, No. 168, 1st Sess., 41st Parl., May 30, 2013, p. 4081. ....	305
Carbonnier, Jean. <i>Droit civil</i> , t. 4, <i>Les obligations</i> , 22 <sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2000. ....	98
<i>Chalmers and Guest on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes</i> , 18th ed. by S. J. Gleeson. London: Sweet & Maxwell, 2017. ....	358
Chalmers, M. D. <i>A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes &amp; Cheques</i> , 3rd ed. London: Stevens and Sons, 1887. ....	344
Chalmers, M. D. <i>A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques, and Negotiable Securities</i> , 9th ed. London: Stevens & Sons, 1927. ....	358
Chalmers, M. D. "Vagliano's Case" (1891), 7 <i>L.Q.R.</i> 216. ....	344, 356
Charney, Richard J., and Thomas E. F. Brady. <i>Judicial Review in Labour Law</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated April 2017, release 28). ....	476

Comment. “The Fictitious Payee and the UCC — The Demise of a Ghost” (1951), 18 <i>U. Chicago L. Rev.</i> 281. ....	331, 355
Cornu, Gérard, dir. <i>Vocabulaire juridique</i> , 10 <sup>e</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France, 2014, « représenter ». ....	510
Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. <i>Interprétation des lois</i> , 4 <sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2009. ....	30, 200, 264, 516, 529
Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011. ....	30, 200, 264, 516, 529
Council for Yukon Indians. <i>Together Today for our Children Tomorrow</i> . Brampton, Ont.: Charters Publishing, 1977. ....	585
Craies, William Feilden. <i>A Treatise on Statute Law</i> , 4th ed. by Walter S. Scott. London: Sweet & Maxwell, 1936. ....	356
<i>Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada</i> , vol. 2, 8th ed. by Bradley Crawford. Toronto: Canada Law Book, 1986. ....	348
Crawford, Bradley. <i>The Law of Banking and Payment in Canada</i> , vol. 3. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2008 (loose-leaf updated 2017, release 22). ....	344, 352
de Kovachich, Hélène. « Le Tribunal administratif du Québec au passé, au présent et au futur », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 363, <i>Le TAQ d’hier, d’aujourd’hui et de demain — 15<sup>e</sup> anniversaire du TAQ</i> , Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013, 1. ....	511
Doherty, David H. “Phillips: An Unwarranted Return to the ‘Punctilio of an Earlier Age’” (1983), 35 <i>C.R.</i> (3d) 203. ....	552
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. ....	30, 197, 265, 281, 302, 509, 527, 727, 815
Dyzenhaus, David. “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in Michael Taggart, ed., <i>The Province of Administrative Law</i> . Oxford: Hart, 1997, 279. ....	447
<i>Falconbridge on Banking and Bills of Exchange</i> , 7th ed. by Arthur W. Rogers. Toronto: Canada Law Book, 1969. ....	333
Falconbridge, John Delatre. <i>Banking and Bills of Exchange</i> , 6th ed. Toronto: Canada Law Book, 1956. ....	352
<i>Feeney’s Canadian Law of Wills</i> , 4th ed. by James MacKenzie. Toronto: Butterworths, 2000 (loose-leaf updated September 2016, issue 64). ....	790
Fontana, James A., and David Keeshan. <i>The Law of Search and Seizure in Canada</i> , 9th ed. Toronto: Lexis-Nexis, 2015. ....	742
Fréchette, Pascal. « La qualification des contrats : aspects théoriques » (2010), 51 <i>C. de D.</i> 117. ....	76, 117
Fuller, Lon. L. <i>The Morality of Law</i> , rev. ed. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1969. ....	310
Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. <i>Droit administratif</i> , 6 <sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010. ....	48
Gardner, Daniel. <i>Le préjudice corporel</i> , 4 <sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2016. ....	268
Gardner, Simon. “The Remedial Discretion in Proprietary Estoppel — Again” (2006), 122 <i>L.Q.R.</i> 492. ....	778
Gendron, François. <i>L’interprétation des contrats</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016. ....	76, 107
Gervais, Céline. <i>La prescription</i> , Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009. ....	255

	PAGE
Geva, Benjamin. “Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — <i>Boma v. CIBC</i> ” (1997), 28 <i>Can. Bus. L.J. / Rev. can. dr. comm.</i> 177. ....	331, 377
Geva, Benjamin. “The Fictitious Payee After <i>Teva v. BMO</i> : Has the Pendulum Swung Back Far Enough?” (2016), 31 <i>B.F.L.R.</i> 607. ....	380
Geva, Benjamin. “The Fictitious Payee and Payroll Padding: <i>Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.</i> ” (1978), 2 <i>Can. Bus. L.J. / Rev. can. dr. comm.</i> 418. ....	367
Geva, Benjamin. “The Fictitious Payee Strikes Again: The Continuing Misadventures of BEA s. 20(5)” (2015), 30 <i>B.F.L.R.</i> 573. ....	361
Ghestin, Jacques, Christophe Jamin et Marc Billiau. <i>Les effets du contrat</i> , 3 <sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2001. ....	98
Goldstein, Gérald, et Najla Mestiri. « La liberté contractuelle et ses limites — Études à la lueur du droit civil québécois », dans Benoît Moore, dir., <i>Mélanges Jean Pineau</i> , Montréal, Thémis, 2003, 299. ....	99
Grammond, Sébastien, Anne-Françoise Debruche and Yan Campagnolo. <i>Quebec Contract Law</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 2011. ....	108
<i>Grand Robert de la langue française</i> , 2 <sup>e</sup> éd. dirigée par Alain Rey, Paris, Le Robert, 2001, « modifier ». ....	595
Gray, Kevin, and Susan Francis Gray. <i>Land Law</i> , 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. ....	786
Hall, Geoff R. <i>Canadian Contractual Interpretation Law</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012. ....	230
Hall, Michael. “Racial Harassment in Employment: An Assessment of the Analytical Approaches” (2006-2007), 13 <i>C.L.E.L.J.</i> 207. ....	839
Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. <i>Liability of the Crown</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011. ....	194
Hohfeld, Wesley Newcomb. “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning” (1913), 23 <i>Yale L.J.</i> 16. ....	878
Holden, J. Milnes. <i>The History of Negotiable Instruments in English Law</i> . London: Athlone Press, 1955. ....	357
Horsman, Karen, and Gareth Morley, eds. <i>Government Liability: Law and Practice</i> . Aurora, Ont.: Cartwright Law Group, 2007 (loose-leaf updated May 2017, release 25). ....	194
Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. <i>Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure</i> , vol. 2. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated June 2017, release 50). ....	666
Hutchison, Scott C., et al. <i>Search and Seizure Law in Canada</i> , vol. 1. Toronto: Carswell, 1991 (loose-leaf updated 2017, release 7). ....	734
Indian Residential Schools Adjudication Secretariat. <i>Guide to the Independent Assessment Process Application</i> , updated April 4, 2013 (online). ....	225
Jai, Julie. “The Interpretation of Modern Treaties and the Honour of the Crown: Why Modern Treaties Deserve Judicial Deference” (2010), 26 <i>N.J.C.L. / R.N.D.C.</i> 25. ....	594
Jutras, Daniel. “Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?” (1987), 12 <i>Can. Bus. L.J. / Rev. can. dr. comm.</i> 295. ....	920
Kasirer, Nicholas. « Pothier From A to Z », dans Benoît Moore, dir., <i>Mélanges Jean Pineau</i> , Montréal, Thémis, 2003, 387. ....	117
Klar, Lewis N., and Cameron S. G. Jefferies. <i>Tort Law</i> , 6th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2017. ....	898, 922
Le très honorable Stephen Harper au nom du gouvernement du Canada. « Présentation d’excuses aux anciens élèves des pensionnats indiens », Ottawa, 11 juin 2008, (en ligne). ....	214

Lemieux, Denis, avec la collaboration de Marjolaine Paré. <i>Justice administrative : Loi commentée</i> , 3 <sup>e</sup> éd., Brossard (Qc), Publications CCH, 2009. ....	511
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. <i>Canadian Tort Law</i> , 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2006. ...	898
Lluelles, Didier, et Benoît Moore. <i>Droit des obligations</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2012. ....	76, 108
MacDougall, Bruce. <i>Estoppel</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2012. ....	766
MacPherson, Darcy L. “Emaciating the Statutory Audit — A Comment on <i>Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte &amp; Touche</i> ” (2005), 41 <i>Can. Bus. L.J. / Rev. can. dr. comm.</i> 471. ....	909
Magotiaux, Susan. “Out of Sync: Section 8 and Technological Advancement in Supreme Court Jurisprudence” (2015), 71 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 501. ....	721
McFarlane, Ben. <i>The Law of Proprietary Estoppel</i> . Oxford: Oxford University Press, 2014. ....	771
McLuhan, Marshall. <i>Understanding Media: The Extensions of Man</i> . New York: McGraw-Hill, 1964. ....	630
Megarry, Robert, and William Wade. <i>The Law of Real Property</i> , 8th ed. by Charles Harpum, Stuart Bridge and Martin Dixon. London: Sweet & Maxwell, 2012. ....	778
Mestre, Jacques. « Obligations et contrats spéciaux : Obligations en général » (1993), 2 <i>R.T.D. civ.</i> 343. ....	118
Mohamed, Munaf, and Jordan McJannet. “The Employer, the Bank, and the Fraudster: Vicarious Liability and <i>Boma Manufacturing Ltd. v. CIBC</i> ” (2005), 20 <i>B.F.L.R.</i> 465. ....	371
Neuberger, Joseph A. <i>Assessing Dangerousness: Guide to the Dangerous Offender Application Process</i> . Toronto: Carswell, 2011 (loose-leaf updated 2017). ....	959
Newman, Dwight. “Contractual and Covenantal Conceptions of Modern Treaty Interpretation” (2011), 54 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 475. ....	594
Ogilvie, M. H. “The Tort of Conversion and the Collecting Bank: <i>Teva Canada Ltd. v. Bank of Nova Scotia</i> ” (2012), 91 <i>Can. Bar Rev. / R. du B. can.</i> 733. ....	371
Ontario. Ministère du Procureur général. <i>Provincial Offences Procedure : An Analysis and Explanation of Legislative Proposals — The Provincial Offences Act, 1978 and The Provincial Courts Amendment Act, 1978</i> , Toronto, 1978. ....	552, 565
Ontario. Ministry of the Attorney General. <i>Provincial Offences Procedure: An Analysis and Explanation of Legislative Proposals — The Provincial Offences Act, 1978 and The Provincial Courts Amendment Act, 1978</i> . Toronto, 1978. ....	552, 565
<i>Oxford English Dictionary</i> (online), “modify”. ....	595
Paciocco, David M. “Simply Complex: Applying the Law of ‘Post-Offence Conduct’ Evidence” (2016), 63 <i>Crim. L.Q.</i> 275. ....	180
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2015. ....	167
Penney, Steven. “The Digitization of Section 8 of the Charter: Reform or Revolution?” (2014), 67 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 505. ....	724
Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. <i>Principes de contentieux administratif</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1982. ....	198
<i>Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> , nouvelle éd., Paris, Le Robert, 2012, « différend ». ....	50
Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. <i>Théorie des obligations</i> , 4 <sup>e</sup> éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet, Montréal, Thémis, 2001. ....	89, 108

	PAGE
Québec. Assemblée nationale. Commission des institutions. « Consultation générale dans le cadre de l'étude du projet de loi n° 130 — Loi sur la justice administrative », <i>Journal des débats de la Commission permanente des institutions</i> , vol. 34, n° 64, 1 <sup>re</sup> sess., 35 <sup>e</sup> lég., 6 février 1996. ....	511
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , vol. 27, n° 107, 4 <sup>e</sup> sess., 32 <sup>e</sup> lég., 14 juin 1984, p. 7095. ...	513
Québec. Ministère de la Justice. <i>Commentaires du ministre de la Justice</i> , t. II, <i>Le Code civil du Québec — Un mouvement de société</i> , Québec, Publications du Québec, 1993. ....	96, 265
Rafferty, Nicholas, and Jonnette Watson Hamilton. “Is the Collecting Bank now the Insurer of a Cheque’s Drawer against Losses Caused by the Fraud of the Drawer’s Own Employee?” (2005), 20 <i>B.F.L.R.</i> 427. ....	369
Régimbald, Guy. <i>Canadian Administrative Law</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015. ....	603
Reid, Hubert, avec la collaboration de Simon Reid. <i>Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français</i> , 4 <sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, « différend ». ...	50
Rogers, James Steven. <i>The Early History of the Law of Bills and Notes: A Study of the Origins of Anglo-American Commercial Law</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 1995. ....	331
Ross, Michael L. <i>First Nations Sacred Sites in Canada’s Courts</i> . Vancouver: UBC Press, 2005. ....	441
Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. <i>Sentencing</i> , 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012. ....	1000
Secrétariat d’adjudication des pensionnats indiens. <i>Guide pour le formulaire d’application au Processus d’évaluation indépendant</i> , mis à jour le 4 avril 2013 (en ligne). ....	225
Ship, Adam. “The Primacy of Expectancy in Estoppel Remedies: An Historical and Empirical Analysis” (2008), 46 <i>Alta. L. Rev.</i> 77. ....	778
<i>Snell’s Equity</i> , 33rd ed. by John McGhee. London: Sweet & Maxwell, 2015. ....	766, 787
Starck, Boris, Henri Roland et Laurent Boyer. <i>Droit civil : les obligations</i> , t. 2, <i>Contrat</i> , 6 <sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1998. ....	118
Stewart, Hamish. “Normative Foundations for Reasonable Expectations of Privacy” (2011), 54 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 335. ....	742
Stuart, Barry. “The Potential of Land Claims Negotiations for Resolving Resource-use Conflicts”, in Monique Ross and John Owen Saunders, eds., <i>Growing Demands on a Shrinking Heritage: Managing Resource-use Conflicts</i> . Calgary: Canadian Institute of Resources Law, 1992, 129. ....	599
Sullivan, Ruth. <i>Statutory Interpretation</i> , 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016. ....	846
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014. ....	195, 345, 816
Tancelin, Maurice. <i>Des obligations en droit mixte du Québec</i> , 7 <sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009. ....	76, 119
The Right Honourable Stephen Harper on behalf of the Government of Canada. “Statement of Apology to former students of Indian Residential Schools”, Ottawa, June 11, 2008 (online). ....	214
Turgeon-Dorion, Louis. « La qualification du préjudice en droit civil québécois » (2015), 49 <i>R.J.T.U.M.</i> 133. ....	268
Tushnet, Mark V. “Defending the Indeterminacy Thesis”, in Brian Bix, ed., <i>Analyzing Law: New Essays in Legal Theory</i> . Oxford: Clarendon Press, 1998, 223. ....	884
Waddams, S. M. <i>The Law of Damages</i> , 5th ed. Toronto: Canada Law Book, 2012. ....	933
Weinrib, Ernest J. “The Disintegration of Duty” (2006), 31 <i>Adv. Q.</i> 212. ....	878
Westin, Alan F. <i>Privacy and Freedom</i> . New York: Atheneum, 1970. ....	632, 665

<i>Widdifield on Executors and Trustees</i> , 6th ed. by Carmen S. Thériault. Scarborough, Ont.: Carswell, 2002 (loose-leaf updated 2012, release 2). .....	776, 792
Wilken, Sean, and Karim Ghaly. <i>The Law of Waiver, Variation, and Estoppel</i> , 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2012. ....	769, 785
Ziff, Bruce. <i>Principles of Property Law</i> , 6th ed. Toronto: Carswell, 2014. ....	452



**British Columbia Human Rights  
Tribunal** *Appellant*

v.

**Edward Schrenk** *Respondent*

and

**Canadian Association of Labour Lawyers,  
Canadian Construction Association,  
Community Legal Assistance Society,  
West Coast Women’s Legal Education  
and Action Fund, Retail Action Network,  
Alberta Federation of Labour,  
International Association of Machinists and  
Aerospace Workers Local Lodge 99,  
Ontario Human Rights Commission and  
African Canadian Legal Clinic** *Interveners*

**INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA HUMAN RIGHTS  
TRIBUNAL v. SCHRENK**

**2017 SCC 62**

File No.: 37041.

2017: March 28; 2017: December 15.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and  
Rowe JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Human rights — Human Rights Tribunal — Jurisdiction — Discrimination — Employment — Act prohibiting a “person” from discriminating against someone “regarding employment” — Scope of prohibition — Complaint alleging discrimination at workplace by co-worker — Whether discrimination “regarding employment” can be perpetrated by someone other than complainant’s employer or superior — Whether British Columbia Human Rights Tribunal erred in finding that it had jurisdiction*

**British Columbia Human Rights  
Tribunal** *Appelant*

c.

**Edward Schrenk** *Intimé*

et

**Association canadienne des avocats  
du mouvement syndical,  
Association canadienne de la construction,  
Community Legal Assistance Society,  
West Coast Women’s Legal Education  
and Action Fund, Retail Action Network,  
Alberta Federation of Labour,  
International Association of Machinists and  
Aerospace Workers Local Lodge 99,  
Commission ontarienne des droits  
de la personne et Bureau d’Aide Juridique  
Afro-Canadien** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BRITISH COLUMBIA HUMAN RIGHTS  
TRIBUNAL c. SCHRENK**

**2017 CSC 62**

N° du greffe : 37041.

2017 : 28 mars; 2017 : 15 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown  
et Rowe.

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

*Droits de la personne — Tribunal des droits de la personne — Compétence — Discrimination — Emploi — Loi interdisant à une « personne » de faire preuve de discrimination envers une autre « relativement à son emploi » — Champ d’application de l’interdiction — Plainte faisant état d’allégations de discrimination de la part d’un collègue sur le lieu de travail — Est-ce qu’une personne autre que l’employeur ou le superviseur du plaignant peut se rendre coupable de discrimination « relativement*



*over complaint — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 1 “employment”, “person”, 13(1)(b), 27(1)(a).*

S-M worked for Omega and Associates Engineering Ltd. as a civil engineer on a road improvement project. Omega had certain supervisory powers over employees of Clemas Construction Ltd., the primary construction contractor on the project. Clemas employed S as site foreman and superintendent. When S made racist and homophobic statements to S-M on the worksite, S-M raised the comments with Omega. Following further statements by S, Omega asked Clemas to remove S from the site. Clemas did so without delay, but S continued to be involved on the project in some capacity. When the harassment continued, Clemas terminated S’s employment.

S-M filed a complaint before the British Columbia Human Rights Tribunal against S, alleging discrimination on the basis of religion, place of origin, and sexual orientation. S applied to dismiss the complaint, arguing that s. 13 of the *Human Rights Code* had no application because S-M was not in an employment relationship with S. The Tribunal held that it had jurisdiction to deal with the complaint and, accordingly, it denied S’s application under s. 27(1)(a) of the Code. The British Columbia Supreme Court dismissed S’s application for judicial review, but the Court of Appeal allowed S’s appeal and found that the Tribunal erred in law by concluding that it had jurisdiction over the complaint.

*Held* (McLachlin C.J. and Côté and Brown JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Rowe JJ.: Section 13(1)(b) of the Code is not limited to protecting employees solely from discriminatory harassment by their superiors in the workplace. Reading the Code in line with the modern principle of statutory interpretation and the particular rules that apply to the interpretation of human rights legislation, s. 13(1)(b) prohibits discrimination against employees whenever that discrimination has a sufficient nexus with the employment context. This may include discrimination by their co-workers, even when those co-workers have a different employer.

*à l’emploi »? — Le tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique a-t-il commis une erreur en concluant qu’il avait compétence pour examiner la plainte? — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, art. 1 « emploi », « personne », 13(1)(b), 27(1)(a).*

S-M était un ingénieur civil à l’emploi d’Omega and Associates Engineering Ltd. engagée pour des travaux de réfection d’une route. Omega disposait de certains pouvoirs de supervision à l’égard des employés de Clemas Construction Ltd., le principal entrepreneur du projet. Clemas a embauché S comme contremaître du site et directeur des travaux. Lorsque S a formulé des commentaires racistes et homophobes à l’endroit de S-M sur le chantier, ce dernier en a avisé Omega. Après que S eut tenu d’autres propos discriminatoires, Omega a demandé à Clemas de renvoyer S du chantier. Bien que Clemas l’ait renvoyé sur-le-champ, S a continué à participer aux travaux d’une manière ou d’une autre. Lorsqu’il s’est avéré que le harcèlement continuait, Clemas a congédié S.

S-M a déposé une plainte contre S devant le British Columbia Human Rights Tribunal (« Tribunal »), alléguant qu’il avait été victime de discrimination fondée sur la religion, le lieu d’origine et l’orientation sexuelle. S a demandé le rejet de la plainte, faisant valoir que l’art. 13 du *Human Rights Code* ne s’appliquait pas parce que S-M n’avait pas de lien d’emploi avec S. Le Tribunal a conclu qu’il avait compétence pour examiner la plainte et, en conséquence, il a rejeté la demande de S fondée sur l’al. 27(1)(a) du Code. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par S, mais la Cour d’appel a accueilli le pourvoi de ce dernier et conclu que le Tribunal avait commis une erreur de droit en concluant qu’il avait compétence pour examiner la plainte.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Côté et Brown sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

*Les* juges Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Rowe : Le champ d’application de l’al. 13(1)(b) du Code ne se limite pas à la protection des employés uniquement contre le harcèlement discriminatoire de la part de leurs supérieurs en milieu de travail. À la lecture du Code conformément au principe moderne d’interprétation législative et aux règles particulières qui s’appliquent à l’interprétation de la législation en matière de droits de la personne, l’al. 13(1)(b) interdit la discrimination envers les employés dès lors que cette dernière a un lien suffisant avec le contexte d’emploi. Cela peut comprendre la discrimination de la part de leurs collègues, même ceux qui travaillent pour un autre employeur.

In determining whether discriminatory conduct has a sufficient nexus with the employment context, the Human Rights Tribunal must conduct a contextual analysis that considers all relevant circumstances. Factors which may inform this analysis include: (1) whether the respondent was integral to the complainant's workplace; (2) whether the impugned conduct occurred in the complainant's workplace; and (3) whether the complainant's work performance or work environment was negatively affected. These factors are not exhaustive and their relative importance will depend on the circumstances. This contextual interpretation furthers the purposes of the Code by recognizing how employee vulnerability stems not only from economic subordination to their employers but also from being a captive audience to other perpetrators of discrimination, such as a harassing co-worker.

This contextual approach to determining whether conduct amounts to discrimination "regarding employment" is supported by the text, the scheme and the purpose of the Code. It is equally supported by the legislative history of the Code and it aligns with the recent jurisprudence.

The text of s. 13(1)(b) prohibits employment discrimination by any "person". In the context of the Code, the term "person" defines the class of actors against whom the prohibition in s. 13(1)(b) applies. The ordinary meaning of "person" is broad, and encompasses a broader range of actors than merely any person with economic authority over the complainant. The definition of "person" in s. 1 of the Code is not exhaustive and provides additional meanings that supplement its ordinary meaning. Next, the words "regarding employment" are critical because they delineate the kind of discrimination that s. 13(1)(b) prohibits. In this case, they indicate that the discrimination at issue must be related to the employment context in some way without solely prohibiting discrimination within hierarchical workplace relationships. Section 13(1)(b) defines who can suffer workplace discrimination rather than restricting who can perpetrate discrimination. In this way, it prohibits discriminatory conduct that targets employees so long as that conduct is sufficiently related to the employment context.

The scheme of the Code reinforces this contextual interpretation of s. 13(1)(b). First, the presumption against redundancy in legislative drafting underpins the view that

Pour déterminer si un comportement discriminatoire a un lien suffisant avec le contexte d'emploi, le Tribunal doit procéder à une analyse contextuelle qui tient compte de toutes les circonstances pertinentes. Les facteurs qui peuvent éclairer cette analyse comprennent le fait de savoir : (1) si l'intimé faisait partie intégrante du milieu de travail du plaignant; (2) si la conduite reprochée a été adoptée sur le lieu de travail du plaignant; et, (3) si le comportement a nui à l'emploi du plaignant ou à son environnement de travail. Cette liste de facteurs n'est pas exhaustive et l'importance relative de chacun d'entre eux dépend des circonstances. Cette interprétation contextuelle favorise la réalisation des objets du Code en reconnaissant que la vulnérabilité des employés découle non seulement de leur subordination à leur employeur sur le plan économique, mais aussi du fait qu'ils ne peuvent échapper aux personnes qui font preuve de discrimination, comme un collègue harceleur.

Cette approche contextuelle pour déterminer si une conduite constitue de la discrimination « relativement à l'emploi » est étayée par le libellé, l'économie et l'objet du Code. Elle est tout autant étayée par l'historique législatif du Code et elle est conforme à la jurisprudence récente.

Le texte de l'al. 13(1)(b) interdit la discrimination relativement à l'emploi dont fait preuve toute « personne ». Dans le contexte du Code, le mot « personne » désigne la catégorie d'acteurs à qui s'applique l'interdiction prévue à l'al. 13(1)(b). Le sens ordinaire du mot « personne » est large et il comprend un éventail d'acteurs plus étendu que simplement toute personne qui exerce un pouvoir économique sur le plaignant. La définition du mot « personne » énoncée à l'article premier du Code n'est pas exhaustive et prévoit des sens additionnels qui complètent son sens ordinaire. Ensuite, l'expression « relativement à [l']emploi » (« *regarding employment* ») est déterminante parce qu'elle délimite le type de discrimination que proscriit l'al. 13(1)(b). En l'espèce, elle indique que la discrimination en cause doit de quelque manière être reliée au contexte de l'emploi et n'interdit pas uniquement la discrimination qui a cours dans le contexte des relations hiérarchiques en milieu de travail. L'alinéa 13(1)(b) définit qui peut souffrir de discrimination dans le contexte du travail plutôt que de limiter ceux qui peuvent faire preuve de discrimination. Ainsi, il prohibe le comportement discriminatoire qui vise les employés dans la mesure où ce comportement a un lien suffisant avec le contexte d'emploi.

L'économie du Code favorise cette interprétation contextuelle de l'al. 13(1)(b). Premièrement, la présomption contre la redondance en matière de rédaction

the prohibition against discrimination “regarding employment” applies to more than just employers, who are already subject to a prohibition against discrimination “regarding any term or condition of employment”. Further, where the Code seeks to limit the class of actors against whom a particular prohibition applies, it employs specific language which contrasts with the use of the general term “person”. Finally, the structure of the Code supports an approach that views employment as a context requiring remedy against the exploitation of vulnerability rather than as a relationship needing unidirectional protection.

The modern principle of interpretation requires that courts approach statutory language in the manner that best reflects the underlying aims of the statute. Here, the contextual approach aligns with the remedial purposes set out in s. 3 of the Code as it gives employees a greater scope to obtain remedies before the Tribunal.

Finally, while the legislative history is not determinative, it indicates that the British Columbia Legislature intended to expand the scope of s. 13(1)(b) when it removed the word “employer” and replaced it with the much broader term “person”.

Consequently, applying the correctness standard of review, the Tribunal did not err in concluding that S’s conduct was covered by s. 13(1)(b) despite the fact that he was not S-M’s employer or superior in the workplace. As the foreman of the worksite, S was an integral and unavoidable part of S-M’s work environment. S’s discriminatory behaviour had a detrimental impact on the workplace because it forced S-M to contend with repeated affronts to his dignity. This conduct amounted to discrimination regarding employment: it was perpetrated against an employee by someone integral to his employment context. S-M’s complaint was consequently within the jurisdiction of the Tribunal pursuant to s. 13(1)(b) of the Code.

*Per Abella J.:* The issue in this case is whether employment discrimination under the British Columbia *Human Rights Code* can be found where the harasser is not in a position of authority over the complainant. The analysis requires that the meaning of employment discrimination be considered in a way that is consistent with, and emerges from, the Court’s well-settled human rights principles, and not just the particular words of the *Code*. Applying these principles leads to the conclusion that an employee is protected from discrimination related to or

législative sous-tend le point de vue selon lequel l’interdiction de la discrimination « relativement à [l’]emploi » ne s’applique pas qu’aux employeurs, qui sont déjà visés par l’interdiction de faire preuve de discrimination relativement « aux modalités [d’]emploi ». En outre, lorsque le Code vise à limiter la catégorie d’acteurs à qui s’applique une interdiction précise, il utilise une formulation précise qui contraste avec le terme général « personne ». Enfin, la structure du Code favorise une approche qui considère l’emploi comme un contexte qui requiert de remédier à l’exploitation de la vulnérabilité plutôt que comme une relation qui nécessite une protection unidirectionnelle.

Le principe moderne d’interprétation exige que les tribunaux abordent le texte de la loi de la manière qui reflète le mieux les objets qui la sous-tendent. En l’espèce, l’approche contextuelle est conforme aux objectifs de réparation énoncés à l’art. 3 du Code puisqu’il permet aux employés d’intenter un plus vaste éventail de recours devant le Tribunal.

Enfin, bien que l’historique législatif ne soit pas déterminant, il indique que la législature de la Colombie-Britannique avait l’intention d’élargir le champ d’application de l’al. 13(1)(b) lorsqu’elle a supprimé le mot « employeur » et l’a remplacé par le terme beaucoup plus large « personne ».

En conséquence, appliquant la norme de la décision correcte, le Tribunal n’a pas commis d’erreur en concluant que la conduite de S était visée par l’al. 13(1)(b) en dépit du fait qu’il n’était ni l’employeur de S-M ni son superviseur sur son lieu de travail. En tant que contremaître du chantier, il faisait inévitablement partie intégrante du milieu de travail de S-M. Le comportement discriminatoire de S a eu une incidence néfaste sur le milieu de travail puisqu’il a forcé S-M à subir des affronts répétés à sa dignité. Ce comportement constituait de la discrimination relativement à l’emploi : il a été adopté contre un employé par une personne qui faisait partie intégrante du contexte de son travail. La plainte de S-M relevait donc de la compétence du Tribunal d’examiner une plainte fondée sur l’al. 13(1)(b) du Code.

*La juge Abella :* La question en l’espèce est celle de savoir s’il peut y avoir discrimination en matière d’emploi aux termes du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique lorsque le harceleur ne se trouve pas dans une situation d’autorité par rapport au plaignant. L’analyse requiert de se pencher sur ce que représente la discrimination en matière d’emploi d’une manière qui soit compatible avec les principes bien établis par la Cour en droit de la personne et qui en découle, et non uniquement en fonction du libellé particulier du Code. Appliquer ces

associated with his or her employment, whether or not he or she occupies a position of authority. The Human Rights Tribunal, as a result, has jurisdiction to hear the complaint.

The starting point for the discrimination analysis is the *prima facie* test for discrimination set out in *Moore v. British Columbia (Education)*, [2012] 3 S.C.R. 360. In the employment context, the complainant must demonstrate that he or she has a characteristic protected under the *Code*, that he has experienced an adverse impact “regarding employment”, and that the protected characteristic was a factor in the adverse impact. The question posed by s. 13(1)(b) is whether the complainant has experienced an adverse impact related to or associated with his or her employment. Section 13(1)(b) is meant to protect all employees from the indignity of discriminatory conduct in a workplace, verbal or otherwise. The discrimination inquiry is concerned with the impact on the complainant, not the intention or authority of the person who is said to be engaging in discriminatory conduct. The key is whether that harassment has a detrimental effect on the complainant’s work environment. Discrimination can and does occur in the absence of an economic power imbalance. It cannot depend on technical lines of authority which may end up defeating the goals of human rights legislation. *All* individuals have the right to be protected from discrimination in the workplace, including those in a position of authority. This approach is responsive to the realities of modern workplaces, many of which consist of diverse organizational structures.

While employers have a special duty and capacity to address discrimination, this does not prevent individual harassers from also potentially being held responsible, whether or not they are in authority roles. Prohibiting all “persons” in a workplace from engaging in discrimination recognizes that preventing employment discrimination is a shared responsibility among those who share a workplace. This is especially so where the employer’s best efforts are inadequate to resolve the issue or where, as here, the subject of the assault himself occupies a position of some authority. The harasser’s degree of control and ability to stop the offensive conduct is clearly relevant, but this goes to the factual matrix, not to the jurisdiction of the Tribunal to hear the complaint.

principes amène à conclure qu’un employé est protégé contre la discrimination reliée ou associée à son emploi, qu’il ou elle se trouve ou non dans une situation d’autorité. En conséquence, le Tribunal a compétence pour entendre la plainte.

Le point de départ de l’analyse de la discrimination est le test de discrimination *prima facie* énoncé dans l’arrêt *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2012] 3 R.C.S. 360. Dans le contexte de l’emploi, le plaignant doit démontrer qu’il possède une caractéristique protégée par le Code, qu’il a subi un effet préjudiciable « relativement à son emploi », et que la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l’effet préjudiciable. La question soulevée par l’al. 13(1)(b) est de savoir si le plaignant a subi un effet préjudiciable relié ou associé à son emploi. L’alinéa 13(1)(b) a pour objet de protéger tous les employés contre l’indignité de la conduite discriminatoire dans un milieu de travail, qu’elle survienne verbalement ou autrement. L’analyse relative à la discrimination a trait à l’effet sur le plaignant, et non à l’intention ou à l’autorité de la personne qui aurait eu une conduite discriminatoire. L’essentiel consiste à savoir si ce harcèlement a un effet préjudiciable sur le milieu de travail du plaignant. La discrimination peut survenir et survient en l’absence d’inégalité de pouvoir économique. Son interprétation ne peut dépendre de hiérarchies techniques d’autorité qui sont susceptibles de faire échec aux objectifs des lois sur les droits de la personne. *Toute* personne a le droit d’être protégée contre la discrimination en milieu de travail, y compris celles qui sont en situation d’autorité. Cette approche répond à la réalité des milieux de travail modernes, dont bon nombre sont constitués de diverses structures organisationnelles.

Bien que les employeurs aient l’obligation et la capacité particulière de lutter contre la discrimination, cela n’empêche pas que des individus ayant une conduite discriminatoire puissent également être tenus responsables, peu importe s’ils se trouvent en situation d’autorité. Le fait d’interdire à toutes les « personnes » dans un milieu de travail de faire preuve de discrimination reconnaît que la prévention de la discrimination en matière d’emploi est une responsabilité qui incombe à tous ceux qui partagent un milieu de travail. Cela est d’autant plus vrai lorsque l’employeur ne réussit pas, malgré tous ses efforts, à régler la question ou lorsque, comme en l’espèce, la victime de la conduite discriminatoire se trouve elle-même dans une situation comportant une certaine autorité. Le degré de contrôle et la capacité du harceleur à mettre fin à la conduite offensante sont manifestement pertinents, mais ces facteurs relèvent des fondements factuels, et non de la compétence du Tribunal en ce qui a trait à l’examen de la plainte.

*Per* McLachlin C.J. and Côté and Brown JJ. (dissenting): The workplace discrimination prohibition in s. 13(1)(b) of the *Human Rights Code* applies only to employer-employee or similar relationships and authorizes claims against those responsible for ensuring that workplaces are free of discrimination. This conclusion is consistent with the text, context and purpose of s. 13(1)(b), as well as with the jurisprudence. Therefore, the Human Rights Tribunal had no jurisdiction over the complaint.

The text of the provision, read as a whole, suggests that the Legislature was targeting discrimination committed directly or through inaction by an employer or a person in an employer-like relationship with the complainant. Section 1 of the Code defines “employment” in terms of the relationship between the complainant and the employer, master or principal, which suggests that there is something about the nature or extent of responsibility over work or the workplace that defines who can perpetrate discrimination “regarding employment” for the purpose of s. 13(1)(b). The use of the word “person” at the outset of s. 13(1) neither expands nor limits the ambit of the section because the words controlling the ambit of the protection are “regarding employment”.

A contextual reading of s. 13(1) also supports that view. First, s. 14 provides a separate protection against discrimination by unions and associations. If s. 13(1)(b) were interpreted so as to allow claims against anyone in the workplace, most of s. 14 would be redundant. Second, the scheme of the Code suggests that ss. 7 to 14 were not intended to govern private acts of discrimination between individuals in a general sense. In provisions where the prohibition initially appears broad enough to catch private communications or interactions between private citizens more generally, specific exclusions are set out. No such exclusions are present in s. 13(1)(b), simply because it was not intended to cover such broad claims. Third, the scheme of the Code also supports the view that the Legislature was concerned with power imbalances — rather than targeting all acts of discrimination, it narrowed its focus to discrimination by those in a position of power over more vulnerable people. Fourth, if s. 13(1)(b) enables a claim based on emails sent after S was removed from the project and workplace, it is not clear how s. 13(1)(b) and s. 7(2) can be reconciled. Under that provision, no complaint can be brought on the basis of a discriminatory, though private, communication between individuals.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Côté et Brown (dissidents) : L’interdiction relative à la discrimination en milieu de travail prévue à l’al. 13(1)(b) du *Human Rights Code* s’applique seulement aux relations employeurs-employés et aux relations semblables et permet que des plaintes soient portées contre les personnes responsables de faire en sorte que les milieux de travail sont exempts de discrimination. Cette conclusion est compatible avec le libellé, le contexte et l’objet de l’al. 13(1)(b), ainsi qu’avec la jurisprudence. En conséquence, le Tribunal n’avait pas compétence pour examiner la plainte.

Le texte de la disposition suggère globalement que le législateur voulait cibler la discrimination commise directement par un employeur ou une personne qui entretient une relation semblable à une relation d’emploi avec le plaignant, ou la discrimination causée par leur inaction. L’article premier du Code définit le mot « emploi » sous l’angle de la relation entre le plaignant et l’employeur, le commettant, le maître ou le mandant, ce qui tend à indiquer que c’est la nature ou l’étendue de la responsabilité à l’égard du travail ou du milieu de travail qui détermine qui peut faire preuve de discrimination « relativement à l’emploi » pour l’application de l’al. 13(1)(b). L’utilisation du mot « personne » au début du par. 13(1) n’a aucune incidence sur le champ d’application de la disposition puisque les mots contrôlant l’étendue de la protection sont « relativement à l’emploi ».

Une interprétation contextuelle du par. 13(1) étaye également ce point de vue. Premièrement, l’art. 14 prévoit une protection distincte contre la discrimination dont se rendent coupables les syndicats et les associations. Si l’al. 13(1)(b) était interprété de façon à permettre que des plaintes soient faites contre qui que ce soit dans le milieu de travail, une grande partie de l’art. 14 serait redondante. Deuxièmement, le régime du Code suggère que les art. 7 à 14 n’étaient pas censés régir des actes privés de discrimination entre particuliers de façon générale. Dans les dispositions où l’interdiction peut sembler à première vue assez vaste pour englober des communications ou des interactions privées entre particuliers plus généralement, des exclusions précises sont prévues. Il n’y a pas de telles exclusions à l’al. 13(1)(b), tout simplement parce que cette disposition ne devait pas s’appliquer à des plaintes aussi larges. Troisièmement, le régime du Code appuie également la thèse selon laquelle le législateur voulait viser les inégalités de pouvoir — plutôt que de viser tous les actes de discrimination, il s’est concentré sur la discrimination exercée par des personnes qui sont en position de pouvoir par rapport à des individus plus vulnérables. Quatrièmement, si l’al. 13(1)(b) permettait le dépôt d’une plainte

Finally, s. 44(2) of the Code confirms the Legislature's intent to target discrimination arising from the employment or equivalent relationship. It makes employers and their equivalents respondents in workplace discrimination claims.

Focussing on those responsible for maintaining a discrimination-free workplace also upholds the Code's purpose. Where they fail to intervene to prevent or correct discrimination, s. 13(1)(b) is engaged. While this interpretation may preclude claims under the Code against harassing co-workers, an employee's remedy is to go to the employer or person responsible for providing a discrimination-free workplace. If the employer fails to remedy the discrimination, the employee can bring a claim against the employer under s. 43 of the Code.

Finally, an interpretation of s. 13(1)(b) predicated on the responsibilities of employers and their equivalents is consistent with the jurisprudence, whereas the broad interpretation proposed by the majority would conflict with the jurisprudence in two ways. First, it would narrow the principle that the nature of the relationship between complainant and respondent is dispositive of whether s. 13(1)(b) applies. Second, it is difficult to see how a co-worker like S could ever claim a *bona fide* occupational requirement as a justification for his conduct.

### Cases Cited

By Rowe J.

**Considered:** *McCormick v. Fasken Martineau DuMoulin LLP*, 2014 SCC 39, [2014] 2 S.C.R. 108; **referred to:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Janzen v.*

contre S en raison des courriels qu'il a envoyés après son renvoi du projet et du milieu de travail, la façon dont cette disposition et le par. 7(2) pourraient être conciliés n'est pas claire. Conformément à cette disposition, aucune plainte ne peut être portée en raison d'une communication discriminatoire, mais privée, entre particuliers. Finalement, le par. 44(2) du Code confirme l'intention du législateur de cibler la discrimination découlant d'une relation d'emploi ou d'une relation équivalente. Il fait en sorte que les employeurs et leurs équivalents sont défendeurs dans les plaintes relatives à la discrimination en milieu de travail.

Le fait que le législateur a choisi de se concentrer sur les personnes responsables d'assurer que le milieu de travail est exempt de discrimination confirme aussi l'objet du Code. Si elles faillaient à la tâche d'intervenir pour prévenir la discrimination ou y remédier, l'al. 13(1)(b) s'applique. Bien que cette interprétation puisse laisser sans recours fondés sur le Code certaines victimes de la discrimination de la part de leurs collègues, le recours d'un employé est de s'adresser à l'employeur ou à la personne responsable de s'assurer que le milieu de travail est exempt de discrimination. Si l'employeur ne fait pas cesser le comportement discriminatoire, l'employé peut intenter un recours contre lui en vertu de l'art. 43 du Code.

Finalement, l'interprétation de l'al. 13(1)(b) reposant sur les responsabilités de l'employeur et ses équivalents est conforme à la jurisprudence, tandis que l'interprétation large proposée par les juges majoritaires serait contraire à la jurisprudence de deux façons. D'abord, elle restreindrait le principe selon lequel la nature de la relation entre le plaignant et le défendeur est décisive pour juger de l'application ou non de l'al. 13(1)(b). Ensuite, il est difficile de voir comment une personne dans une position de collègue, comme S, pourrait justifier sa conduite par une norme professionnelle justifiée.

### Jurisprudence

Citée par le juge Rowe

**Arrêt examiné :** *McCormick c. Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, 2014 CSC 39, [2014] 2 R.C.S. 108; **arrêts mentionnés :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Robichaud c. Canada*

*Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867; *Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771*, 2005 SCC 70, [2005] 3 S.C.R. 425.

By Abella J.

**Distinguished:** *McCormick v. Fasken Martineau DuMoulin LLP*, 2014 SCC 39, [2014] 2 S.C.R. 108; **referred to:** *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *Stewart v. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 SCC 30, [2017] 1 S.C.R. 591; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252.

By McLachlin C.J. (dissenting)

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *McCormick v. Fasken Martineau DuMoulin LLP*, 2014 SCC 39, [2014] 2 S.C.R. 108; *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.

### Statutes and Regulations Cited

*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, s. 59.  
*Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, s. 7(b).  
*Human Rights Act*, S.B.C. 1969, c. 10, ss. 2(d) “employer”, 5.  
*Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, s. 8.  
*Human Rights Act*, S.M. 1974, c. 65, s. 6(1)(a).  
*Human Rights Amendment Act, 1992*, S.B.C. 1992, c. 43, s. 6.  
*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 1 “discrimination”, “employment”, “person”, 3, 7 to 14, 27, 37(2)(a), (b), (c)(i), (d)(iii), 43, 44.

(*Conseil du Trésor*), [1987] 2 R.C.S. 84; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660; *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867; *Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d’armature, section locale 771*, 2005 CSC 70, [2005] 3 R.C.S. 425.

Citée par la juge Abella

**Distinction d’avec l’arrêt :** *McCormick c. Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, 2014 CSC 39, [2014] 2 R.C.S. 108; **arrêts mentionnés :** *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *Stewart c. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 CSC 30, [2017] 1 R.C.S. 591; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente)

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *McCormick c. Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, 2014 CSC 39, [2014] 2 R.C.S. 108; *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

### Lois et règlements cités

*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, art. 59.  
*Human Rights Act*, S.B.C. 1969, c. 10, art. 2(d) « employer », 5.  
*Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, art. 8.  
*Human Rights Act*, S.M. 1974, c. 65, art. 6(1)(a).  
*Human Rights Amendment Act, 1992*, S.B.C. 1992, c. 43, art. 6.  
*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, art. 1 « discrimination », « employment », « person », 3, 7 à 14, 27, 37(2)(a), (b), (c)(i), (d)(iii), 43, 44.  
*Human Rights Code of British Columbia Act*, S.B.C. 1973, c. 119, art. 1.

*Human Rights Code of British Columbia Act*, S.B.C. 1973, c. 119, s. 1.

#### Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Hall, Michael. “Racial Harassment in Employment: An Assessment of the Analytical Approaches” (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 207.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (MacKenzie, Willcock and Fenlon JJ.A.), 2016 BCCA 146, 86 B.C.L.R. (5th) 221, 385 B.C.A.C. 185, 665 W.A.C. 185, 2016 CLLC ¶230-025, [2016] 9 W.W.R. 440, 400 D.L.R. (4th) 44, 84 C.H.R.R. D/40, [2016] B.C.J. No. 658 (QL), 2016 CarswellBC 869 (WL Can.), setting aside a decision of Brown J., 2015 BCSC 1342, [2015] B.C.J. No. 1629 (QL), 2015 CarswellBC 2155 (WL Can.), affirming a decision of the British Columbia Human Rights Tribunal, 2015 BCHRT 17, [2015] B.C.H.R.T.D. No. 17 (QL), 2015 CarswellBC 190 (WL Can.). Appeal allowed, McLachlin C.J. and Côté and Brown JJ. dissenting.

*Katherine Hardie and Devyn Cousineau*, for the appellant.

*Mark D. Andrews, Q.C., David G. Wong and Stephanie D. Gutierrez*, for the respondent.

*Douglas Wray and Jesse Kugler*, for the intervenor the Canadian Association of Labour Lawyers.

*David Outerbridge and Jeremy Opolsky*, for the intervenor the Canadian Construction Association.

*Lindsay M. Lyster and Juliana Dalley*, for the intervenor the Community Legal Assistance Society.

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, c. 33, art. 7b).

#### Doctrine et autres documents cités

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.

Hall, Michael. « Racial Harassment in Employment : An Assessment of the Analytical Approaches » (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 207.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges MacKenzie, Willcock et Fenlon), 2016 BCCA 146, 86 B.C.L.R. (5th) 221, 385 B.C.A.C. 185, 665 W.A.C. 185, 2016 CLLC ¶230-025, [2016] 9 W.W.R. 440, 400 D.L.R. (4th) 44, 84 C.H.R.R. D/40, [2016] B.C.J. No. 658 (QL), 2016 CarswellBC 869 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Brown, 2015 BCSC 1342, [2015] B.C.J. No. 1629 (QL), 2015 CarswellBC 2155 (WL Can.), confirmant une décision du British Columbia Human Rights Tribunal, 2015 BCHRT 17, [2015] B.C.H.R.T.D. No. 17 (QL), 2015 CarswellBC 190 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Côté et Brown sont dissidents.

*Katherine Hardie et Devyn Cousineau*, pour l’appellant.

*Mark D. Andrews, c.r., David G. Wong et Stephanie D. Gutierrez*, pour l’intimé.

*Douglas Wray et Jesse Kugler*, pour l’intervenante l’Association canadienne des avocats du mouvement syndical.

*David Outerbridge et Jeremy Opolsky*, pour l’intervenante l’Association canadienne de la construction.

*Lindsay M. Lyster et Juliana Dalley*, pour l’intervenante Community Legal Assistance Society.



*Clea F. Parfitt and Rajwant Mangat*, for the intervener the West Coast Women’s Legal Education and Action Fund.

*Robin J. Gage, Kate Feeney and Erin Pritchard*, for the intervener the Retail Action Network.

*Kristan McLeod*, for the interveners the Alberta Federation of Labour and the International Association of Machinists and Aerospace Workers Local Lodge 99.

*Reema Khawja*, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

*Faisal Mirza, Danardo Jones and Dena M. Smith*, for the intervener the African Canadian Legal Clinic.

The judgment of Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Rowe JJ. was delivered by

ROWE J. —

## I. Introduction

[1] This case is about the scope of the prohibition against discrimination “regarding employment” under s. 13(1)(b) of the British Columbia *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210. On April 3, 2014, Mr. Mohammadreza Sheikhzadeh-Mashgoul filed a complaint with the appellant, the British Columbia Human Rights Tribunal, against the respondent, Mr. Edward Schrenk, alleging employment discrimination based on religion, place of origin, and sexual orientation. Mr. Schrenk responded with an application to dismiss under s. 27(1)(a) of the Code, in which he argued that the alleged conduct was not discrimination “regarding employment” and was consequently beyond the jurisdiction of the Tribunal. The crux of Mr. Schrenk’s argument is simple: as he was not in a position of economic authority over Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul — he was neither his employer nor his superior in the workplace — his conduct, however egregious, could not

*Clea F. Parfitt et Rajwant Mangat*, pour l’intervenant West Coast Women’s Legal Education and Action Fund.

*Robin J. Gage, Kate Feeney et Erin Pritchard*, pour l’intervenant Retail Action Network.

*Kristan McLeod*, pour les intervenantes Alberta Federation of Labour et International Association of Machinists and Aerospace Workers Local Lodge 99.

*Reema Khawja*, pour l’intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

*Faisal Mirza, Danardo Jones et Dena M. Smith*, pour l’intervenant le Bureau d’Aide Juridique Afro-Canadien.

Version française du jugement des juges Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Rowe rendu par

LE JUGE ROWE —

## I. Introduction

[1] Le présent pourvoi porte sur la portée de l’interdiction de faire preuve de discrimination [TRADUCTION] « relativement à [l’]emploi » (« *regarding employment* ») au sens de l’al. 13(1)(b) du *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, de la Colombie-Britannique. Le 3 avril 2014, M. Mohammadreza Sheikhzadeh-Mashgoul a déposé une plainte auprès de l’appelant, le British Columbia Human Rights Tribunal (« Tribunal »), contre l’intimé, M. Edward Schrenk, dans laquelle il alléguait avoir été victime de discrimination en matière d’emploi fondée sur la religion, le lieu d’origine et l’orientation sexuelle. M. Schrenk a répondu en présentant une demande de rejet fondée sur l’al. 27(1)(a) du Code. Il y soutenait que la conduite qui lui était reprochée ne constituait pas de la discrimination « relativement à [l’]emploi », et qu’elle échappait donc à la compétence du Tribunal. L’essentiel de l’argument de M. Schrenk

be considered discrimination “regarding employment” within the meaning of the Code.

[2] At issue, then, is the question of whether discrimination “regarding employment” can ever be perpetrated by someone other than the complainant’s employer or superior in the workplace. To be clear, the issue is not whether Mr. Schrenk’s alleged conduct would amount to *discrimination*; no one disputes this. Rather, the question in this appeal is whether such discrimination was “regarding employment”.

[3] I conclude that it was. The scope of s. 13(1)(b) of the Code is not limited to protecting employees solely from discriminatory harassment by their superiors in the workplace. Rather, its protection extends to all employees who suffer discrimination with a sufficient connection to their employment context. This may include discrimination by their co-workers, even when those co-workers have a different employer. Consequently, the Tribunal did not err in concluding that Mr. Schrenk’s conduct was covered by s. 13(1)(b) despite the fact that he was not Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul’s employer or superior in the workplace.

## II. Facts

[4] Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul was a civil engineer working for Omega and Associates Engineering Ltd., an engineering firm hired by the municipality of Delta in British Columbia to supervise a road improvement project. In that capacity, he supervised work by Clemas Contracting Ltd., the primary construction contractor hired by Delta to carry out the project.

est simple : puisqu’il ne se trouvait pas dans une position d’autorité économique par rapport à M. Sheikhzadeh-Mashgoul — il n’était ni son employeur ni son supérieur dans le milieu de travail — sa conduite, aussi flagrante ait-elle été, ne pouvait pas être considérée comme de la discrimination « relativement à [l’]emploi » au sens du Code.

[2] La question en litige est donc de savoir si une personne autre que l’employeur du plaignant ou son superviseur à son lieu de travail peut faire preuve de discrimination « relativement à [l’]emploi ». Soyons clairs, il ne s’agit pas de savoir si la conduite reprochée à M. Schrenk constituerait de la *discrimination*; personne ne le remet en question. Dans le présent appel, il s’agit plutôt de savoir si un tel comportement discriminatoire constituait de la discrimination « relativement à [l’]emploi ».

[3] Je conclus par l’affirmative. Le champ d’application de l’al. 13(1)(b) du Code ne se limite pas à la protection des employés uniquement contre le harcèlement discriminatoire de la part de leurs supérieurs en milieu de travail. Cette protection s’applique plutôt à tous les employés qui sont victimes de discrimination lorsque cette dernière a un lien suffisant avec le contexte de leur emploi. Cela peut comprendre la discrimination de la part de leurs collègues, même ceux qui travaillent pour un autre employeur. En conséquence, le Tribunal n’a pas commis d’erreur en concluant que la conduite de M. Schrenk était visée par l’al. 13(1)(b) en dépit du fait qu’il n’était ni l’employeur de M. Sheikhzadeh-Mashgoul ni son superviseur sur son lieu de travail.

## II. Faits

[4] M. Sheikhzadeh-Mashgoul était un ingénieur civil à l’emploi d’Omega and Associates Engineering Ltd., une firme d’ingénierie engagée par la municipalité de Delta en Colombie-Britannique pour superviser les travaux de réfection d’une route. À ce titre, il a supervisé les travaux de Clemas Contracting Ltd., le principal entrepreneur en construction engagé par Delta pour effectuer ces travaux.

[5] The contract between Delta and Clemas specified that Omega, acting as consulting engineer, had certain supervisory powers over Clemas employees, including the right to ask for the removal of any Clemas worker who appeared “to be incompetent or to act in a disorderly or intemperate manner”.

[6] Work on the project began in August 2013. Clemas employed Mr. Schrenk as site foreman and superintendent. There is nothing to indicate that Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul and Mr. Schrenk had met before this.

[7] Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul immigrated to Canada from Iran and identifies as Muslim. In his complaint before the Tribunal, he alleges a number of incidents involving Mr. Schrenk. For the purpose of considering the question in this appeal, neither the Tribunal nor this Court make findings of fact nor is there a disposition on the merits of Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul’s complaint. Rather, the facts as alleged by Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul are treated as being accurate.

[8] The first incident occurred in September 2013, when Mr. Schrenk asked Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul about his background. Upon learning of Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul’s origin and religion, Mr. Schrenk asked in front of other employees, “You are not going to blow us up with a suicide bomb, are you?” (2015 BCHRT 17 (“Tribunal decision”), at para. 18 (CanLII)). Another incident occurred in November 2013, when Mr. Schrenk shoved Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul and called him a “fucking Muslim piece of shit” (*ibid.*, at para. 20). As Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul went to call his supervisor, Mr. Schrenk continued, asking “Are you going to call your gay friend?” (*ibid.*, at para. 23).

[9] Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul raised Mr. Schrenk’s comments with his employer, Omega. The possibility of removing Mr. Schrenk from the worksite — should his behaviour persist — was discussed at a regularly scheduled meeting between

[5] Le contrat intervenu entre Delta et Clemas précisait qu’Omega, dans le cadre de ses fonctions d’ingénieur-conseil, disposait de certains pouvoirs de supervision à l’égard des employés de Clemas, notamment le droit de demander le renvoi de tout travailleur de cette dernière qui semblait [TRADUCTION] « incompetent ou agi[ssait] de façon désordonnée ou immodérée ».

[6] Les travaux ont commencé en août 2013. Clemas a embauché M. Schrenk comme contre-maître du site et directeur des travaux. Rien n’indique que MM. Sheikhzadeh-Mashgoul et Schrenk s’étaient rencontrés auparavant.

[7] M. Sheikhzadeh-Mashgoul a quitté l’Iran pour immigrer au Canada et il se définit comme étant musulman. Dans sa plainte auprès du Tribunal, il invoque plusieurs incidents impliquant M. Schrenk. Dans le cadre de l’examen de la question en litige dans le présent appel, ni le Tribunal ni la Cour n’ont tiré de conclusions de fait, ni n’ont tranché sur le fond la plainte de M. Sheikhzadeh-Mashgoul. Les faits allégués par ce dernier ont plutôt été considérés comme véridiques.

[8] Le premier incident a eu lieu en septembre 2013, lorsque M. Schrenk a demandé à M. Sheikhzadeh-Mashgoul quelles étaient ses origines. Quand il a appris l’origine et la religion de ce dernier, M. Schrenk lui a demandé devant d’autres employés : [TRADUCTION] « Tu vas pas nous faire sauter dans un attentat suicide hein? » : 2015 BCHRT 17 (« décision du Tribunal »), par. 18 (CanLII). Un autre incident a eu lieu en novembre 2013, lorsque M. Schrenk a bousculé M. Sheikhzadeh-Mashgoul et l’a traité de « sale musulman de merde » : *ibid.*, par. 20. Au moment où M. Sheikhzadeh-Mashgoul était sur le point d’appeler son superviseur, M. Schrenk lui a demandé : « Vas-tu appeler ton ami gay? » : *ibid.*, par. 23.

[9] M. Sheikhzadeh-Mashgoul a discuté des commentaires de M. Schrenk avec son employeur, Omega. À l’occasion d’une réunion de routine entre M. Schrenk, M. Sheikhzadeh-Mashgoul et des représentants d’Omega, de Delta et de Clemas, il a

Mr. Schrenk, Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul and representatives from Omega, Delta and Clemas.

[10] Mr. Schrenk persisted. On December 13, 2013, he yelled at Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul, “Go back to your mosque where you came from” (Tribunal decision, at para. 28). After this incident, both Delta and Omega asked Clemas to remove Mr. Schrenk from the site. Although Clemas did so without delay, Mr. Schrenk continued to be involved on the project in some capacity until January 2014. For the time being, he remained a Clemas employee on other projects.

[11] Mr. Schrenk’s removal from the worksite did not end Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul’s troubles. In March 2014, Mr. Schrenk sent an unsolicited email to Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul in which he made derogatory insinuations about his sexual orientation. Mr. Schrenk copied the email to two Clemas supervisors; Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul forwarded it to Omega, which in turn forwarded it to Clemas. Clemas’ project superintendent requested that Mr. Schrenk stop sending such emails. Nevertheless, the next day Mr. Schrenk sent another derogatory email of a homophobic nature to Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul. That email was also forwarded to Clemas. Following this, Clemas terminated Mr. Schrenk’s employment on March 28, 2014.

[12] On April 3, 2014, Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul filed a complaint before the Tribunal against Mr. Schrenk, Clemas, and Delta, alleging discrimination on the basis of religion, place of origin, and sexual orientation, all of these being prohibited grounds of discrimination under the Code. He later withdrew the claim against Delta.

[13] Mr. Schrenk and Clemas both applied to dismiss the complaint pursuant to s. 27(1)(a), (b), (c) and (d)(ii) of the Code. Under s. 27(1)(a), they argued that the Tribunal did not have jurisdiction over the complaint because Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul was not in an employment relationship with Clemas or Mr. Schrenk and, hence, s. 13 of the

été question de renvoyer M. Schrenk du chantier s’il ne modifiait pas son comportement.

[10] M. Schrenk n’a pas modifié son comportement. Le 13 décembre 2013, il a crié à M. Sheikhzadeh-Mashgoul : [TRADUCTION] « Retourne à la mosquée d’où tu viens » : décision du Tribunal, par. 28. Après cet incident, Delta et Omega ont demandé à Clemas de renvoyer M. Schrenk du chantier. Bien que Clemas l’ait renvoyé sur-le-champ, M. Schrenk a continué à participer aux travaux d’une manière ou d’une autre jusqu’en janvier 2014. Ensuite, il est demeuré à l’emploi de Clemas, mais a été affecté à d’autres projets.

[11] Le renvoi de M. Schrenk n’a pas mis fin aux soucis de M. Sheikhzadeh-Mashgoul. En mars 2014, M. Schrenk lui a envoyé un courriel non sollicité, dans lequel il faisait des insinuations désobligeantes concernant son orientation sexuelle. M. Schrenk a transféré le courriel à deux superviseurs de Clemas; M. Sheikhzadeh-Mashgoul l’a transféré à Omega, qui l’a ensuite acheminé à Clemas. Le directeur des travaux de Clemas a demandé à M. Schrenk d’arrêter d’envoyer de tels courriels. Toutefois, le lendemain, M. Schrenk a envoyé un autre courriel désobligeant de nature homophobe à M. Sheikhzadeh-Mashgoul. Ce courriel a également été transféré à Clemas, après quoi celle-ci a congédié M. Schrenk le 28 mars 2014.

[12] Le 3 avril 2014, M. Sheikhzadeh-Mashgoul a déposé une plainte devant le Tribunal contre M. Schrenk, Clemas et Delta, alléguant qu’il avait été victime de discrimination fondée sur la religion, le lieu d’origine et l’orientation sexuelle, tous des motifs de discrimination interdits par le Code. Par la suite, il a retiré sa plainte contre Delta.

[13] M. Schrenk et Clemas ont demandé le rejet de la plainte aux termes des al. 27(1)(a), (b) et (c) et du sous-al. 27(1)(d)(ii) du Code. Ils ont soutenu que selon l’al. 27(1)(a), le Tribunal n’avait pas compétence à l’égard de la plainte parce que M. Sheikhzadeh-Mashgoul n’avait de lien d’emploi ni avec Clemas ni avec M. Schrenk et que, par

Code had no application. This appeal relates only to Mr. Schrenk's application under s. 27(1)(a).

### III. Relevant Statutory Provisions

[14] The relevant portions of the Code read:

**1** In this Code:

. . .

“**employment**” includes the relationship of master and servant, master and apprentice and principal and agent, if a substantial part of the agent's services relate to the affairs of one principal, and “**employ**” has a corresponding meaning;

. . .

“**person**” includes an employer, an employment agency [a person who undertakes, with or without compensation, to procure employees for employers or to procure employment for persons], an employers' organization [an organization of employers formed for purposes that include the regulation of relations between employers and employees], an occupational association [an organization, other than a trade union or employers' organization, in which membership is a prerequisite to carrying on a trade, occupation or profession] and a trade union [an organization of employees formed for purposes that include the regulation of relations between employees and employers];

. . .

**3** The purposes of this Code are as follows:

(a) to foster a society in British Columbia in which there are no impediments to full and free participation in the economic, social, political and cultural life of British Columbia;

(b) to promote a climate of understanding and mutual respect where all are equal in dignity and rights;

conséquent, l'art. 13 du Code ne s'appliquait pas. Le présent appel ne porte que sur la demande présentée par M. Schrenk et fondée sur l'al. 27(1)(a).

### III. Dispositions législatives pertinentes

[14] Les dispositions pertinentes du Code sont les suivantes :

[TRADUCTION]

**1** Les définitions qui suivent s'appliquent au présent Code :

. . .

« **emploi** » s'entend notamment des relations commettant-préposé, maître-apprenti ou mandant-mandataire, si une partie substantielle des services du mandataire a trait aux affaires d'un seul mandant, et le mot « **employer** » a un sens correspondant;

. . .

« **personne** » s'entend notamment d'un employeur, d'un bureau de placement [une personne qui entreprend, avec ou sans rémunération, de trouver des employés pour un employeur ou de trouver un emploi pour des personnes], d'une association d'employeurs [une association d'employeurs formée notamment pour régler les relations entre les employeurs et les employés], d'une association professionnelle [une organisation, autre qu'un syndicat ou une association d'employeurs, à laquelle l'appartenance est nécessaire pour exercer un métier, un emploi ou une profession] et d'un syndicat [une association d'employés créée notamment pour régler les relations entre employés et employeurs];

. . .

**3** Le présent Code a pour objets :

(a) de favoriser l'existence en Colombie-Britannique d'une société dépourvue d'obstacle à la participation pleine et libre à la vie économique, sociale, politique et culturelle de cette province;

(b) de favoriser un climat de compréhension et de respect mutuel où tous ont la même dignité et les mêmes droits;

(c) to prevent discrimination prohibited by this Code;

(d) to identify and eliminate persistent patterns of inequality associated with discrimination prohibited by this Code;

(e) to provide a means of redress for those persons who are discriminated against contrary to this Code.

(c) de prévenir la discrimination interdite par le présent Code;

(d) de déceler et éliminer les formes d'inégalité persistantes liées à la discrimination interdite par le présent Code;

(e) de fournir un recours aux personnes qui sont victimes de discrimination contrairement au présent Code.

**13 (1)** A person must not

(a) refuse to employ or refuse to continue to employ a person, or

(b) discriminate against a person regarding employment or any term or condition of employment

because of the race, colour, ancestry, place of origin, political belief, religion, marital status, family status, physical or mental disability, sex, sexual orientation, gender identity or expression, or age of that person or because that person has been convicted of a criminal or summary conviction offence that is unrelated to the employment or to the intended employment of that person.

**13 (1)** Une personne ne peut

(a) soit refuser d'employer ou de continuer d'employer une personne,

(b) soit faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi,

du fait de sa race, de sa couleur, de son ascendance, de son lieu d'origine, de ses opinions politiques, de sa religion, de son état matrimonial, de sa situation familiale, de ses déficiences mentales ou physiques, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son identité ou expression de genre ou de son âge, ou en raison de sa déclaration de culpabilité à l'égard d'une infraction criminelle ou d'une infraction punissable par procédure sommaire qui n'ont aucun rapport avec l'emploi actuel ou envisagé de la personne en question.

**27 (1)** A member or panel may, at any time after a complaint is filed and with or without a hearing, dismiss all or part of the complaint if that member or panel determines that any of the following apply:

(a) the complaint or that part of the complaint is not within the jurisdiction of the tribunal;

(b) the acts or omissions alleged in the complaint or that part of the complaint do not contravene this Code;

(c) there is no reasonable prospect that the complaint will succeed;

(d) proceeding with the complaint or that part of the complaint would not

(i) benefit the person, group or class alleged to have been discriminated against, or

**27 (1)** Un membre ou une formation peut, à tout moment après le dépôt d'une plainte, rejeter une plainte en totalité ou en partie, avec ou sans audience si, à son avis, l'une ou l'autre des circonstances suivantes est applicable :

(a) la plainte ou une partie de la plainte ne relève pas de la compétence du tribunal;

(b) les actes ou omissions allégués ou une partie d'entre eux ne contreviennent pas au présent Code;

(c) il n'existe aucune possibilité raisonnable que le plaignant ait gain de cause;

(d) connaître en totalité ou en partie de la plainte :

(i) n'apporterait rien à la personne, au groupe ou à la catégorie censés avoir été victime de discrimination,

(ii) further the purposes of this Code;

(ii) ne servirait pas les fins poursuivies par le présent Code;

**44** (1) A proceeding under this Code in respect of a trade union, employers' organization or occupational association may be taken in its name.

**44** (1) Toute poursuite engagée sous le régime du présent Code à l'égard d'un syndicat, d'une association d'employeurs ou d'une association professionnelle peut être intentée en son nom.

(2) An act or thing done or omitted by an employee, officer, director, official or agent of any person within the scope of his or her authority is deemed to be an act or thing done or omitted by that person.

(2) Les actes ou choses faites ou omises par un employé, un cadre, un dirigeant, un représentant ou un mandataire d'une personne dans l'exercice de ses pouvoirs sont réputés être des actes ou choses faites ou omises par cette personne.

#### IV. Decisions Below

#### IV. Décisions des juridictions inférieures

##### A. *British Columbia Human Rights Tribunal, 2015 BCHRT 17*

##### A. *British Columbia Human Rights Tribunal, 2015 BCHRT 17*

[15] In their application to dismiss, Mr. Schrenk and Clemas both argued that the Tribunal had no jurisdiction under s. 13(1)(b) as neither of them were in an employment relationship with Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul. Mr. Schrenk emphasized that he could not discriminate against Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul regarding his employment as he had no control over him.

[15] Dans leur demande de rejet, M. Schrenk et Clemas ont tous les deux fait valoir que le Tribunal n'avait pas compétence au titre de l'al. 13(1)(b), puisqu'aucun d'entre eux ne se trouvait dans une relation d'emploi avec M. Sheikhzadeh-Mashgoul. M. Schrenk a souligné qu'il ne pouvait pas faire preuve de discrimination envers M. Sheikhzadeh-Mashgoul relativement à son emploi puisqu'il n'exerçait aucun contrôle sur lui.

[16] The Tribunal held that it had jurisdiction to deal with the complaint. Accordingly, it denied Mr. Schrenk's and Clemas' applications under s. 27(1)(a). It also denied their application for dismissal of the complaint under other subsections of s. 27. This latter part of the decision is not dealt with in this appeal.

[16] Le Tribunal a conclu qu'il avait compétence pour examiner la plainte. En conséquence, il a rejeté les demandes de M. Schrenk et de Clemas fondées sur l'al. 27(1)(a). Il a également rejeté leur demande de rejet de la plainte fondée sur d'autres alinéas de l'art. 27. Cette dernière partie de la décision n'est pas abordée dans le présent pourvoi.

[17] With regard to s. 13(1)(b), the Tribunal found that it prohibits a "person" from discriminating regarding employment and that the Code does not limit "person" to an employer or someone in an employment-like relationship with the complainant. The Tribunal had regard to this Court's statement in *McCormick v. Fasken Martineau DuMoulin LLP*, 2014 SCC 39, [2014] 2 S.C.R. 108, that "quasi-constitutional legislation . . . attracts a generous interpretation to permit the achievement of its broad public purposes" (para. 17). In light of this, the

[17] En ce qui concerne l'al. 13(1)(b), le Tribunal a conclu qu'il interdit à une [TRADUCTION] « personne » de faire preuve de discrimination relativement à l'emploi et que le Code ne limite pas la portée du mot « personne » à un employeur ou à une personne ayant une relation semblable à une relation d'emploi avec le plaignant. Le Tribunal a tenu compte de la déclaration suivante de la Cour dans *McCormick c. Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, 2014 CSC 39, [2014] 2 R.C.S. 108 : « . . . une loi quasi constitutionnelle

Tribunal held that s. 13 “protects those in an employment context”, including a complainant who is an employee “who suffers a disadvantage in his or her employment in whole or in part because of his or her membership in a protected group” (para. 45). The Tribunal further held that protection under s. 13 is “not limited to discrimination by an employer” (para. 46). The Tribunal concluded:

... following on the generous interpretation of the *Code* reiterated by the Supreme Court of Canada in *McCormick*, protection of employees on a construction site against other actors on that site falls within the broad public policy purposes of the *Code*. Like employees in a single workplace with one employer, the cohort of employees and dependent contractors on a construction site may work for different employers, but are all engaged in a common enterprise: completing the project whatever it may be. Generally, they work in close proximity to, and interact with, one another. It would be unduly artificial and not in keeping with the broad public policy purposes of the *Code* to exclude employees on a construction site from the protections mandated by s. 13 simply because the alleged perpetrator of discriminatory behaviour worked for another employer on that site. [para. 50]

[18] With respect to Mr. Schrenk’s application, the Tribunal found that he could be liable under s. 13 given that Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul was an employee — although not an employee of Clemas or Mr. Schrenk — who claimed that he had been negatively affected in his employment because of discriminatory harassment by Mr. Schrenk. The Tribunal found that such discrimination could occur even though Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul, as supervising engineer, had significant influence over how Clemas and Mr. Schrenk performed their work.

B. *Supreme Court of British Columbia, 2015 BCSC 1342*

[19] Mr. Schrenk sought judicial review of the Tribunal’s decision. As he had before the Tribunal,

[. . .] commande une interprétation généreuse afin de permettre la réalisation de ses larges objectifs d’intérêt public . . . » : par. 17. Compte tenu de cet énoncé, le Tribunal a conclu que l’art. 13 « protège les personnes lorsqu’elles se trouvent dans un contexte d’emploi », y compris le plaignant qui est un employé « souffrant d’un désavantage dans son emploi en totalité ou en partie en raison de son appartenance à un groupe protégé » : par. 45. Le Tribunal a également jugé que la protection prévue à l’art. 13 « ne se limite pas à la discrimination faite par un employeur » : par. 46. En effet, il a conclu :

[TRADUCTION] . . . dans la foulée de la généreuse interprétation du *Code* reprise par la Cour suprême du Canada dans *McCormick*, la protection des employés sur un chantier de construction contre d’autres parties sur ce chantier relève du vaste objectif d’intérêt public du *Code*. Les employés et entrepreneurs dépendants sur un chantier de construction peuvent travailler pour différents employeurs, mais, comme les employés d’un seul lieu de travail avec un seul employeur, ils prennent tous part à une entreprise commune : effectuer les travaux, quels qu’ils soient. Généralement, ils travaillent en étroite proximité et interagissent les uns avec les autres. Il serait trop artificiel et contraire au vaste objectif d’ordre public du *Code* d’exclure des employés d’un chantier de construction des protections offertes par l’art. 13 simplement parce que l’auteur du comportement discriminatoire allégué travaillait sur le chantier, mais pour un autre employeur. [par. 50]

[18] En ce qui a trait à la demande de M. Schrenk, le Tribunal a conclu qu’il pouvait être tenu responsable au titre de l’art. 13 puisque M. Sheikhzadeh-Mashgoul était un employé — même s’il n’était pas un employé de Clemas ou de M. Schrenk — qui prétendait que le harcèlement discriminatoire que M. Schrenk lui aurait fait subir a nui à son travail. Le Tribunal a conclu que cette discrimination pouvait se produire même si M. Sheikhzadeh-Mashgoul, en tant qu’ingénieur superviseur, avait une influence importante sur la façon dont Clemas et M. Schrenk effectuaient leur travail.

B. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2015 BCSC 1342*

[19] M. Schrenk a demandé le contrôle judiciaire de la décision du Tribunal. Comme il l’avait fait devant



Mr. Schrenk argued that the complaint did not fall within the scope of s. 13(1)(b) because Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul was not in an employment relationship with him or with Clemas, based on the factors set out in *McCormick*.

[20] Brown J. dismissed the petition. Applying the standard of correctness as required by the British Columbia *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, she concluded that the Tribunal did not err in its interpretation and application of s. 13(1)(b) to the case. In her view, the issue before the Tribunal was not whether Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul was in an employment relationship with either Mr. Schrenk or Clemas but rather whether he had experienced discrimination “regarding employment”. Justice Brown viewed Mr. Schrenk’s interpretation as unduly narrow. Rather, she concluded that restricting s. 13(1)(b) to claims against one’s employer or against another employee of that same employer would “be contrary to common sense and contrary to current employment circumstances” (para. 9 (CanLII)).

C. *British Columbia Court of Appeal, 2016 BCCA 146, 400 D.L.R. (4th) 44*

[21] The Court of Appeal unanimously allowed Mr. Schrenk’s appeal. Applying the standard of correctness, it found the Tribunal erred in law by concluding that it had jurisdiction to deal with the complaint.

[22] Willcock J.A. stated that the Tribunal had based its finding that it had jurisdiction on three factors: Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul “was an ‘employee’ . . . ; the conduct negatively affected him in his employment; and [Mr. Schrenk], the purported source of the discrimination, was a ‘person’” (para. 32). Willcock J.A. viewed the question differently: it was not whether Mr. Schrenk came within the definition of “person” or whether Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul was engaged in “employment”, but rather “whether the allegation made by [Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul] against [Mr. Schrenk] was a complaint about conduct

ce dernier, M. Schrenk a soutenu que la plainte n’entraînait pas dans le champ d’application de l’al. 13(1)(b) parce que, à la lumière des facteurs énoncés dans *McCormick*, M. Sheikhzadeh-Mashgoul n’avait de relation d’emploi ni avec lui ni avec Clemas.

[20] La juge Brown a rejeté la demande. Après avoir appliqué la norme de la décision correcte comme l’exige la loi de la Colombie-Britannique intitulée *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, elle a conclu que le Tribunal n’avait pas commis d’erreur dans son interprétation de l’al. 13(1)(b) et dans l’application de cette disposition à l’affaire. À son avis, la question devant le Tribunal n’était pas celle de savoir si M. Sheikhzadeh-Mashgoul avait une relation d’emploi avec M. Schrenk ou avec Clemas, mais plutôt de savoir s’il avait fait l’objet de discrimination « relativement à son emploi ». La juge Brown a estimé que l’interprétation préconisée par M. Schrenk était trop étroite, et a plutôt conclu que le fait de limiter le champ d’application de l’al. 13(1)(b) aux recours intentés contre un employeur ou un autre employé du même employeur serait [TRADUCTION] « contraire au bon sens et à la situation actuelle en matière d’emploi » : par. 9 (CanLII).

C. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2016 BCCA 146, 400 D.L.R. (4th) 44*

[21] La Cour d’appel a accueilli l’appel de M. Schrenk à l’unanimité. Au vu de la norme de la décision correcte, elle a jugé que le Tribunal avait commis une erreur de droit en concluant qu’il avait compétence pour examiner la plainte.

[22] Le juge Willcock de la Cour d’appel a indiqué que la conclusion du Tribunal selon laquelle il avait compétence était fondée sur trois facteurs : M. Sheikhzadeh-Mashgoul [TRADUCTION] « était un “employé” [ . . . ]; le comportement a nui à son emploi; et [M. Schrenk], la source alléguée de la discrimination, était une “personne” » : par. 32. Le juge Willcock a exprimé une opinion différente à cet égard : selon lui, il ne s’agissait de savoir ni si M. Schrenk était visé par la définition de « personne », ni si M. Sheikhzadeh-Mashgoul occupait un « emploi », mais plutôt de savoir « si l’allégation

that might possibly amount to discrimination ‘regarding employment’” (para. 30).

[23] Willcock J.A. concluded that jurisdiction under s. 13(1)(b) was not so wide as to encompass “conduct [by] any person that might be said to have adversely affected an employee in their employment” (para. 31). He drew the following distinction:

There is a difference between the emotional and psychological burdens imposed upon disadvantaged people as a result of ignorant, malicious, or thoughtless comments made by those they encounter in day-to-day life, and those which amount to discrimination regarding employment. With respect to the former, a human rights tribunal may be able to do nothing. Bigots and xenophobes impose invidious and lasting harms, but they may be avoided on the street without fear of employment-related economic consequences. The subjects of discrimination should not have to bear any economic burden as a result of that discrimination. That is the sphere in which the legislature acted, and that is one of the ills that the *Code* expressly seeks to address. [para. 33]

[24] For Willcock J.A., discrimination “regarding employment” requires the improper exercise of *economic power* in the traditional “master-servant” relationship and this is all that s. 13(1)(b) is intended to guard against (*Code*, s. 1). Thus, the Tribunal’s jurisdiction is limited to addressing complaints against those who have the power to inflict discriminatory conduct as a condition of employment. On this basis, Willcock J.A. concluded:

Not all insults inflicted upon employees, even in the course of their employment, amount to discrimination regarding employment. Such insults can amount to discrimination regarding employment if the wrongdoer is clothed by the employer with such authority that he or she is able to impose that unwelcome conduct on the complainant as a condition of employment, or if the wrongdoing is tolerated by the employer. If the wrongdoer has no such power or authority, the Tribunal has

de [M. Sheikhzadeh-Mashgoul] contre [M. Schrenk] était une plainte relative à une conduite qui pouvait constituer de la discrimination “relativement à son emploi” » : par. 30.

[23] Le juge Willcock a conclu que la compétence pour examiner une plainte fondée sur l’al. 13(1)(b) n’avait pas une portée assez vaste pour englober [TRADUCTION] « la conduite de quiconque pourrait avoir nui à un employé dans le cadre de son emploi » : par. 31. Il a fait la distinction suivante :

[TRADUCTION] Il y a une différence entre les fardeaux émotif et psychologique que portent les gens désavantagés en raison de commentaires désobligeants, méchants ou irréfléchis faits par des personnes qu’ils côtoient au quotidien, et ceux qui découlent de la discrimination relativement à l’emploi. En ce qui a trait aux premiers, un tribunal des droits de la personne pourrait ne rien pouvoir faire. Les gens racistes et xénophobes causent des dommages pénibles et permanents, mais ceux-ci peuvent être évités dans la rue par ceux qui en sont la cible sans crainte de conséquences financières en lien avec leur emploi. Par contre, les personnes victimes de discrimination ne devraient pas avoir à porter un fardeau économique en raison de cette discrimination. C’est dans cette sphère que le législateur a pris des mesures, et c’est un de ces maux que le *Code* veut expressément enrayer. [par. 33]

[24] Selon le juge Willcock, pour conclure qu’il y a eu discrimination « relativement à [l’]emploi », il faut qu’il y ait eu exercice abusif du *pouvoir économique* dans une relation traditionnelle de [TRADUCTION] « maître-serviteur », et c’est tout ce que l’al. 13(1)(b) vise à empêcher : *Code*, art. 1. Par conséquent, selon lui, la compétence du Tribunal se limite à examiner les plaintes formulées contre ceux qui ont le pouvoir de faire subir une conduite discriminatoire comme condition d’emploi. Sur ce fondement, le juge Willcock a conclu :

[TRADUCTION] Toutes les insultes subies par les employés, même dans le cadre de leur emploi, ne constituent pas de la discrimination relativement à l’emploi. De telles insultes peuvent constituer une telle discrimination si l’auteur revêt l’autorité de l’employeur et peut donc faire subir une telle conduite malvenue au plaignant comme condition d’emploi, ou si l’employeur tolère la conduite fautive. Si l’auteur de la conduite fautive n’a aucun tels pouvoir ou autorité, le Tribunal a compétence

jurisdiction to consider whether the complainant's employer played some role in allowing the conduct to occur or continue, in which case the insult is endured as a consequence of employment. But even then, the Tribunal has no jurisdiction over the wrongdoer. [Emphasis deleted; para. 36.]

[25] Applying this to the present case, Willcock J.A. found that the Tribunal did not "have jurisdiction to address a complaint made against one who is rude, insulting or insufferable but who is not in a position to force the complainant to endure that conduct as a condition of his employment" (para. 44). Consequently, the Tribunal did not have jurisdiction over Mr. Schrenk as he was not in a position to impose the discriminatory conduct on Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul as a condition of his employment.

[26] The Tribunal appealed the Court of Appeal's decision to this Court.

#### V. Issue

[27] Did the Tribunal err in concluding that discriminatory harassment by a co-worker may fall within the scope of the prohibition against discrimination "regarding employment" under s. 13(1)(b) of the Code?

#### VI. Analysis

[28] The standard of review is correctness by virtue of s. 59 of the *Administrative Tribunals Act*. As this Court stated in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 50, "[w]hen applying the correctness standard, a reviewing court will not show deference to the decision maker's reasoning process; it will rather undertake its own analysis of the question". Accordingly, it is necessary to conduct our own analysis as to whether the Tribunal erred in its interpretation of s. 13(1)(b).

[29] I note at the outset that this appeal calls for an exercise in statutory interpretation. The question

pour examiner si l'employeur du plaignant a joué un certain rôle en permettant que la conduite ait été adoptée ou se soit poursuivie, auquel cas l'insulte est subie du fait même de l'emploi. Cela dit, même dans de tels cas, le Tribunal n'a pas compétence à l'égard de l'auteur de la faute. [Soulignement omis; par. 36.]

[25] Appliquant ce raisonnement à la présente affaire, le juge Willcock a conclu que le Tribunal n'avait pas [TRADUCTION] « compétence pour examiner une plainte contre une personne qui est grossière, insultante ou insupportable, mais qui n'est pas dans une position où elle peut obliger le plaignant à subir cette conduite comme condition de son emploi » : par. 44. Par conséquent, le Tribunal n'avait pas compétence à l'égard de M. Schrenk puisque celui-ci n'était pas en position d'imposer une conduite discriminatoire à M. Sheikhzadeh-Mashgoul comme condition de son emploi.

[26] Le Tribunal a interjeté appel de la décision de la Cour d'appel devant la Cour.

#### V. Question

[27] Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que le harcèlement discriminatoire qu'adopte un collègue peut être visé par l'interdiction de faire preuve de discrimination « relativement à [l']emploi » prévue à l'al. 13(1)(b) du Code?

#### VI. Analyse

[28] La norme de contrôle est celle de la décision correcte, tel qu'il est prévu à l'art. 59 de la *Administrative Tribunals Act*. Comme l'a énoncé la Cour dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 50 : « La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte n'acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse . . . » Il est donc nécessaire que la Cour effectue sa propre analyse pour décider si le Tribunal a commis une erreur dans son interprétation de l'al. 13(1)(b).

[29] Je signale dès le départ que le présent appel exige que nous procédions à une interprétation

before this Court is whether the words of s. 13(1)(b) of the Code can encompass discrimination only by an employer or a superior in the workplace. While we disagree in the result, the Chief Justice and I agree that this question requires an interpretation of the words “regarding employment”. For this reason, I respectfully differ from Justice Abella when she suggests that our analysis need not be rooted in “the particular words of British Columbia’s *Code*” (para. 73). While human rights jurisprudence provides significant guidance regarding the scope of “discrimination” *generally*, our starting point remains the words adopted by the British Columbia Legislature when defining the scope of discrimination “regarding employment” *specifically*.

[30] In *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, this Court endorsed the modern principle of statutory interpretation, which must guide our interpretation of the Code in this appeal:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[31] Added to the modern principle are the particular rules that apply to the interpretation of human rights legislation. The protections afforded by human rights legislation are fundamental to our society. For this reason, human rights laws are given broad and liberal interpretations so as better to achieve their goals (*Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at pp. 546-47; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at pp. 1133-36; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at pp. 89-90). As this Court has affirmed, “[t]he Code

législative. La question dont la Cour est saisie est celle de savoir si le libellé de l’al. 13(1)(b) du *Code* ne vise que la discrimination dont se rendent coupables un employeur ou un superviseur dans le milieu de travail. Même si nous divergeons d’opinion quant au résultat, la Juge en chef et moi sommes tous les deux d’avis que, pour répondre à cette question, il faut interpréter l’expression « relativement à [l’]emploi ». Pour cette raison, et soit dit en tout respect, je ne partage pas l’opinion de la juge Abella lorsqu’elle suggère que notre analyse n’a pas à être fondée sur « [le] libellé particulier du Code de la Colombie-Britannique » : par. 73. S’il est vrai que la jurisprudence relative aux droits de la personne donne des indications considérables quant à la portée de la « discrimination » *en général*, le point de départ de notre analyse demeure le libellé adopté par la législature de la Colombie-Britannique lorsqu’il s’agit de définir la portée de la discrimination « relativement à [l’]emploi » *spécifiquement*.

[30] Dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87, la Cour a souscrit au principe moderne d’interprétation des lois qui doit guider notre interprétation du Code en l’espèce :

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[31] S’ajoutent au principe moderne d’interprétation les règles particulières qui s’appliquent à celle des lois sur les droits de la personne. Les protections que celles-ci garantissent sont fondamentales pour notre société. C’est pourquoi ces lois doivent recevoir une interprétation large et libérale afin qu’elles puissent atteindre leurs objectifs : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 546-547; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, p. 1133-1136; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84,

is quasi-constitutional legislation that attracts a generous interpretation to permit the achievement of its broad public purposes” (*McCormick*, at para. 17). In light of this, courts must favour interpretations that align with the purposes of human rights laws like the Code rather than adopt narrow or technical constructions that would frustrate those purposes (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §§19.3-19.7).

[32] That said, “[t]his interpretive approach does not give a board or court license to ignore the words of the Act in order to prevent discrimination wherever it is found” (*University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at p. 371). It is for this reason that our interpretation of s. 13(1)(b) must be grounded in the text and scheme of the statute and reflect its broad purposes.

#### A. *The Text of Section 13(1)(b)*

[33] The language of the Code provides the first indicator that we must adopt the broad interpretation of s. 13(1)(b) favoured by the Tribunal. For convenience, I will set out again s. 13(1) of the Code:

#### 13 (1) A person must not

- (a) refuse to employ or refuse to continue to employ a person, or
- (b) discriminate against a person regarding employment or any term or condition of employment

because of the race, colour, ancestry, place of origin, political belief, religion, marital status, family status, physical or mental disability, sex, sexual orientation, gender identity or expression, or age of that person or because that person has been convicted of a criminal or summary conviction offence that is unrelated to the employment or to the intended employment of that person.

p. 89-90. Comme la Cour l’a affirmé, « [l]e Code est une loi quasi constitutionnelle, qui commande une interprétation généreuse afin de permettre la réalisation de ses larges objectifs d’intérêt public » : *McCormick*, par. 17. À la lumière de ces principes, les tribunaux doivent favoriser les interprétations qui s’harmonisent avec les objets des lois sur les droits de la personne comme le Code, plutôt que d’adopter des interprétations étroites ou techniques qui contrecarreraient ces objets : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), §19.3-19.7.

[32] Cela dit, cette « méthode d’interprétation ne permet pas à une commission ou à une cour de justice de faire abstraction des termes de la Loi pour empêcher les pratiques discriminatoires où que ce soit » : *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, p. 371. C’est pourquoi notre interprétation de l’al. 13(1)(b) doit se fonder sur le libellé ainsi que sur l’économie de la loi et tenir compte de son objet général.

#### A. *Le libellé de l’al. 13(1)(b)*

[33] Le libellé du Code constitue la première indication que nous devons adopter l’interprétation large de l’al. 13(1)(b) que préconise le Tribunal. Par souci de commodité, je reproduis encore une fois le par. 13(1) du Code :

[TRADUCTION]

#### 13 (1) Une personne ne peut

- (a) soit refuser d’employer ou de continuer d’employer une personne,
- (b) soit faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi,

du fait de sa race, de sa couleur, de son ascendance, de son lieu d’origine, de ses opinions politiques, de sa religion, de son état matrimonial, de sa situation familiale, de ses déficiences mentales ou physiques, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son identité ou expression de genre ou de son âge, ou en raison de sa déclaration de culpabilité à l’égard d’une infraction criminelle ou d’une infraction punissable par procédure sommaire qui n’ont aucun rapport avec l’emploi actuel ou envisagé de la personne en question.

[34] The place to start is with the term “person” in the first line of s. 13(1). In its ordinary meaning, the term “person” generally refers to a human being. In the context of the Code, it also defines the class of actors against whom the prohibition in s. 13(1)(b) applies. The ordinary meaning of “person” is broad; certainly, it encompasses a broader range of actors than merely any person with economic authority over the complainant. It is significant that the Legislature chose to prohibit employment discrimination by any “person”. Had it intended only to prohibit employment discrimination by employers — or some other narrow class of individuals — it could easily have done so by using a narrower term than “person”.

[35] To this end, I note that s. 1 of the Code provides the following inclusive definition:

1 In this Code:

“**person**” includes an employer, an employment agency [a person who undertakes, with or without compensation, to procure employees for employers or to procure employment for persons], an employers’ organization [an organization of employers formed for purposes that include the regulation of relations between employers and employees], an occupational association [an organization, other than a trade union or employers’ organization, in which membership is a prerequisite to carrying on a trade, occupation or profession] and a trade union [an organization of employees formed for purposes that include the regulation of relations between employees and employers];

[36] Although the Code enumerates various individuals and entities who come within the definition of “person”, the definition in s. 1 is not exhaustive. Because the definition “includes” these individuals and entities, it is explicitly not limited to them. In my view, the Code provides *additional* meanings to the word “person” that, for the purposes of the

[34] Il faut commencer notre analyse par le mot « personne » (« *person* ») utilisé à la première ligne du par. 13(1). Dans son sens ordinaire, ce mot se rapporte généralement à un être humain. Dans le contexte du Code, il désigne également la catégorie d’acteurs à qui s’applique l’interdiction prévue à l’al. 13(1)(b). Le sens ordinaire du mot « personne » est large; il comprend assurément un éventail d’acteurs plus étendu que simplement toute personne qui exerce un pouvoir économique sur le plaignant. Il est d’ailleurs significatif que le législateur ait choisi d’interdire la discrimination « relativement à [l’]emploi » dont fait preuve toute « personne ». S’il avait voulu limiter cette interdiction aux employeurs — ou à une autre catégorie étroite d’individus —, il aurait très bien pu le faire en utilisant un terme dont le sens est plus étroit que celui du mot « personne ».

[35] Je note par ailleurs que l’article premier du Code donne la définition inclusive suivante :

[TRADUCTION]

1 Les définitions qui suivent s’appliquent au présent Code :

« **personne** » s’entend notamment d’un employeur, d’un bureau de placement [une personne qui entreprend, avec ou sans rémunération, de trouver des employés pour un employeur ou de trouver un emploi pour des personnes], d’une association d’employeurs [une association d’employeurs formée notamment pour régler les relations entre les employeurs et les employés], d’une association professionnelle [une organisation, autre qu’un syndicat ou une association d’employeurs, à laquelle l’appartenance est nécessaire pour exercer un métier, un emploi ou une profession] et d’un syndicat [une association d’employés créée notamment pour régler les relations entre employés et employeurs];

[36] Bien que le Code énumère les divers individus et entités qui sont visés par la définition de « personne » de l’article premier, celle-ci n’est pas exhaustive. Puisque cette définition « s’entend notamment de » (« *includes* ») ces individus et entités, elle ne se limite expressément pas à ceux-ci. À mon avis, le Code prévoit des sens *additionnels* au mot

Code's operation, supplement the ordinary meaning of the word. In this sense, Mr. Schrenk is a "person" within the word's ordinary meaning; a corporate employer, such as Cemas, is a "person" within the word's supplemental meaning as clarified by s. 1 of the Code.

[37] Next, the words "regarding employment" are critical because they delineate the kind of discrimination that s. 13(1)(b) prohibits. Initially, I note that "regarding" is a term that broadly connects two ideas. In this case, the discrimination at issue must be "regarding" employment in that it must be *related to* the employment context in some way. This interpretation aligns with earlier decisions of this Court concerning workplace discrimination under various human rights statutes. In *Robichaud*, for example, Justice La Forest defined the terms "in the course of employment" in s. 7(b) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, as meaning "work- or job-related" and "as being in some way related or associated with the employment" (pp. 92 and 95). This broad interpretation was also adopted by Chief Justice Dickson in *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252, at p. 1293, with regard to the terms "in respect of employment" under s. 6(1)(a) of the *Manitoba Human Rights Act*, S.M. 1974, c. 65. According to Chief Justice Dickson, the difference between the words "in the course of employment" and "in respect of employment" was not significant (p. 1293). Any difference between those words and the words "regarding employment" is equally negligible.

[38] Based on my reading of the Code, the term "regarding employment" does not solely prohibit discrimination within hierarchical workplace relationships. If this were the case, then the words discrimination "regarding employment" would essentially mean discrimination "by employers or workplace superiors". In my view, s. 13(1)(b) does not restrict who can *perpetrate* discrimination.

« personne » qui, pour les fins de l'application du Code, complètent le sens ordinaire du mot. En ce sens, M. Schrenk est une « personne » au sens ordinaire du mot, et une compagnie employeur, comme Cemas, est une « personne » au sens supplémentaire du mot que précise l'article premier du Code.

[37] Ensuite, l'expression « relativement à [l']emploi » (« *regarding employment* ») est déterminante parce qu'elle délimite le type de discrimination que proscriit l'al. 13(1)(b). Pour commencer, je souligne que le mot « relativement » (« *regarding* ») sert à relier deux idées d'une façon générale. En l'espèce, il est question de discrimination « relativement » à l'emploi, c'est-à-dire qu'elle doit de quelque manière être *reliée* au contexte de l'emploi. Cette interprétation est compatible avec des décisions antérieures de la Cour concernant la discrimination en milieu de travail selon diverses lois sur les droits de la personne. Dans *Robichaud*, par exemple, le juge La Forest a défini l'expression anglaise « *in the course of employment* » utilisée à l'al. 7b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, c. 33, comme signifiant « relié aux fonctions ou à l'emploi » et « reliés ou associés de quelque manière à l'emploi » : p. 92 et 95. Cette interprétation large a également été adoptée par le juge en chef Dickson dans *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, p. 1293, à l'égard de l'expression anglaise « *in respect of employment* » qui se trouve à l'al. 6(1)(a) de la loi du Manitoba intitulée *Human Rights Act*, S.M. 1974, c. 65. Selon le juge en chef Dickson, la différence entre les expressions « *in the course of employment* » (en anglais dans la version française des motifs) et « dans le cadre de son emploi » n'a pas d'importance : p. 1293. Les différences entre ces expressions et l'expression « relativement à [l']emploi » sont tout aussi négligeables.

[38] Suivant mon interprétation du Code, les mots « relativement à [l']emploi » n'interdisent pas uniquement la discrimination qui a cours dans le contexte des relations hiérarchiques en milieu de travail. Si c'était le cas, ces mots voudraient essentiellement dire qu'il est question de discrimination « par les employeurs ou les supérieurs en milieu de travail ». Or, à mon avis, l'al. 13(1)(b) ne limite pas

Rather, it defines who can *suffer* employment discrimination. In this way, it prohibits discriminatory conduct that targets *employees* so long as that conduct has a sufficient nexus to the employment context. Determining whether conduct falls under this prohibition requires a *contextual* approach that looks to the particular facts of each claim to determine whether there is a sufficient nexus between the discrimination and the employment context. If there is such a nexus, then the perpetrator has committed discrimination “regarding employment” and the complainant can seek a remedy against *that* individual.

[39] By contrast, the Chief Justice proposes that, while s. 13(1)(b) is meant “to cover *all* forms of workplace discrimination”, its scope is limited to targeting “those responsible for intervening and halting the events in question” (para. 123 (emphasis in original)). She writes that “[t]he ‘employment’ that is the subject of the protection accorded by s. 13(1)(b) is defined in terms of the relationship between the complainant and the employer, master or principal” (para. 109). In this sense, she proposes a narrow *relational* approach to the words “regarding employment”, wherein discrimination, as contemplated by s. 13(1)(b), can only be the responsibility of certain individuals within the employment relationship — namely, employers or workplace superiors.

[40] I would reject this approach for two reasons. First, while I agree that the term “employment” under the Code connotes, *inter alia*, a relationship between an employer and an employee, it does not follow that discrimination “regarding employment” must be perpetrated by someone *within that relationship*. Indeed, it would be unduly formalistic to assume that the only relationship that can impact our employment is that which we share with our employer. Other workplace relationships — those we share with our colleagues, for example — can be sources of discrimination “regarding employment”

qui peut *faire preuve* de discrimination. Il définit plutôt qui peut *souffrir* de discrimination dans le contexte du travail. Ainsi, il prohibe le comportement discriminatoire qui vise les *employés* dans la mesure où ce comportement a un lien suffisant avec leur contexte d’emploi. Pour juger si un comportement est de ceux qui sont prohibés, il faut adopter une approche *contextuelle* qui tient compte des faits particuliers de chaque demande afin de déterminer s’il existe un tel lien suffisant entre la discrimination et le contexte d’emploi. Si c’est le cas, celui qui a adopté le comportement a fait preuve de discrimination « relativement à [l’]emploi » et le plaignant peut solliciter une mesure de réparation contre *cet* individu.

[39] La Juge en chef propose plutôt que — même si l’al. 13(1)(b) est censé « vise[r] à englober *toutes* les formes de discrimination en milieu de travail » — son champ d’application se limite « aux personnes responsables d’intervenir lors des incidents en question et d’y mettre fin » : par. 123 (en italique dans l’original). Elle écrit que « [l’]“emploi” qui fait l’objet de la protection garantie par l’al. 13(1)(b) est défini sous l’angle de la relation entre le plaignant et l’employeur, le commettant, le maître ou le mandant » : par. 109. En ce sens, elle propose d’interpréter l’expression « relativement à [l’]emploi » suivant une approche étroite fondée sur les relations, et selon laquelle la discrimination, telle qu’elle est envisagée par l’al. 13(1)(b), ne pourrait être la responsabilité que de certains individus parmi ceux avec qui se tissent des relations d’emploi — à savoir, les employeurs et les superviseurs sur le lieu de travail.

[40] Je suis d’avis d’écarter cette approche pour deux raisons. Premièrement, bien que je convienne que le mot [TRADUCTION] « emploi » dans le Code évoque, entre autres, une relation entre un employeur et un employé, il ne s’ensuit pas pour autant que la discrimination « relativement à [l’]emploi » doive être perpétrée seulement par une personne *partie à une telle relation*. En fait, il serait indûment formaliste de supposer que la seule relation pouvant avoir une incidence sur l’emploi d’un travailleur est celle qu’il partage avec son employeur. D’autres relations au travail — p. ex. celles entretenues entre collègues



despite the fact that it is only our employer who controls our paycheck.

[41] Second, the Chief Justice’s approach to the words “regarding employment” is necessarily premised on a narrow view of how power is exercised in the workplace. The premise, in my view, is the following: as the *only* relationship defined by an imbalance of power is that shared between employer and employee, it is *only* the employer who is in a position to discriminate “regarding employment”. This power is essentially economic in character. As the employer controls the economic benefits and conditions of employment, only the conduct of the employer can constitute discrimination “regarding employment”.

[42] Respectfully, this fails to capture the reality of how power is exercised in the workplace. For one, non-employers can exercise economic power over employees. A regular patron at a restaurant, for example, can exercise *economic* coercion over a server through tips. If the exercise of economic power is central to the concept of discrimination “regarding employment”, then this relationship, too, should fall within its scope.

[43] More importantly, however, economics is only one axis along which power is exercised between individuals. Men can exercise gendered power over women, and white people can exercise racialized power over people of colour. The exploitation of identity hierarchies to perpetrate discrimination against marginalized groups can be just as harmful to an employee as economic subordination. Indeed, the statutory purposes listed in the Code expressly extend beyond removing barriers to “economic” participation in society and include removing “social, political and cultural” barriers as well (s. 3(a)).

— peuvent être source de discrimination « relativement à [l’]emploi », et ce, même si seul l’employeur exerce un contrôle sur le chèque de paye.

[41] Deuxièmement, l’approche de la Juge en chef pour interpréter l’expression « relativement à [l’]emploi » est nécessairement fondée sur une vision étroite de la façon dont le pouvoir s’exerce en milieu de travail. À mon avis, sa prémisse est la suivante : étant donné que la *seule* relation définie par un déséquilibre de pouvoir est celle qui lie l’employeur et l’employé, c’est *seulement* l’employeur qui est en position de faire preuve de discrimination « relativement à [l’]emploi ». Dans ce contexte, le pouvoir est de nature essentiellement économique. Suivant cette approche, puisque l’employeur contrôle les avantages économiques et les conditions de travail, seule sa conduite pourrait donc constituer de la discrimination « relativement à [l’]emploi ».

[42] Soit dit en tout respect, cette approche ne rend pas compte de la réalité de l’exercice du pouvoir en milieu de travail. Tout d’abord, même sans être employeurs, certaines personnes peuvent exercer un pouvoir économique sur les employés. En effet, on pourrait prétendre que celui qui fréquente régulièrement un restaurant, par exemple, peut exercer une contrainte *économique* sur un serveur avec les pourboires. Si l’exercice d’un pouvoir économique est au cœur du concept de discrimination « relativement à [l’]emploi », alors, cette relation, elle aussi, devrait être comprise dans son champ d’application.

[43] Fait plus important, le contrôle sur le plan économique n’est toutefois qu’une façon pour une personne d’exercer un pouvoir sur une autre. Les hommes peuvent exercer un pouvoir genré sur les femmes, et les blancs un pouvoir à caractère racial sur les personnes appartenant aux minorités visibles. L’exploitation de la hiérarchie fondée sur les identités pour perpétuer la discrimination à l’endroit de groupes marginalisés peut être tout aussi dommageable pour un employé que la subordination économique. En effet, les objets du Code qui y sont énumérés portent expressément au-delà du retrait des barrières [TRADUCTION] « économiques » à la participation à la vie de la société et visent aussi l’élimination des barrières « sociales, politiques et culturelles » : al. 3(a)).

[44] Admittedly, these examples are not limited to the employment context, but they are exacerbated in the employment context where a complainant is particularly vulnerable. This is because employees, in the *context* of their work, are a captive audience to those who seek to discriminate against them. Certain passages of the Court of Appeal’s reasons reflect this point. At para. 33, Willcock J.A. purports to distinguish discrimination “regarding employment” from “thoughtless comments made by those [we] encounter in day-to-day life” on the basis that the latter “may be avoided on the street without fear of employment-related economic consequences”. That may be so, but it only highlights the unique vulnerability of the employment *context*. Whether a server is harassed by the restaurant owner or the bar manager, by a co-worker, or by a regular and valued patron, the server is nonetheless being harassed in a situation from which there is no escape by simply walking further along the street.

#### B. *The Scheme of the Code*

[45] The requirement to read the legislative text “harmoniously with the scheme of the Act” reinforces the broad interpretation of s. 13(1)(b) I propose (Driedger, at p. 87). Guided by the modern principle, courts must not construe particular provisions in isolation; rather, individual provisions must be considered in light of the act as a whole, with each provision informing the meaning given to the rest (see Sullivan, at §13.3). This rule ensures that statutes are read as coherent legislative pronouncements. In this regard, “[i]t is presumed that the legislature avoids superfluous or meaningless words, that it does not pointlessly repeat itself or speak in vain” (*ibid.*, at §8.23).

[46] This presumption must play a role in our interpretation so as to ensure that no provision of the Code is “interpreted so as to render it mere surplusage” (*R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R.

[44] Certes, ces exemples ne se limitent pas au contexte de l’emploi. Ils sont toutefois exacerbés dans ce contexte où le plaignant est particulièrement vulnérable. C’est le cas parce que, dans le *contexte* de leur travail, les employés sont captifs de ceux qui cherchent à faire preuve de discrimination à leur endroit. Certains passages des motifs de la Cour d’appel illustrent d’ailleurs cet argument. Au paragraphe 33, le juge Willcock tente d’établir une distinction entre la discrimination « relativement à [l’]emploi » et [TRADUCTION] « les commentaires [. . .] irréfléchis faits par des personnes qu[e l’on] côtoient au quotidien », et il le fait en soutenant que ces commentaires « peuvent être évités dans la rue par ceux qui en sont la cible sans crainte de conséquences financières en lien avec leur emploi ». Peut-être, mais cela ne fait que mettre en lumière la vulnérabilité unique des employés dans le *contexte* de leur travail. Qu’un serveur soit harcelé par le propriétaire d’un restaurant ou par le gérant d’un bar, par un collègue ou par un client régulier et estimé, il est néanmoins harcelé dans une situation à laquelle il ne peut pas échapper simplement en poursuivant son chemin.

#### B. *L’économie du Code*

[45] L’obligation d’interpréter le texte législatif d’une façon [TRADUCTION] « qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi » favorise l’interprétation large de l’al. 13(1)(b) que je propose : Driedger, p. 87. Guidés par ce principe moderne, les tribunaux doivent s’abstenir d’interpréter des dispositions précises isolément; les dispositions individuelles doivent plutôt être examinées au regard de l’ensemble de la loi, chaque disposition servant à interpréter le sens donné aux autres dispositions : voir Sullivan, §13.3. Cette règle garantit que les lois sont interprétées comme des déclarations législatives cohérentes. À cet égard, [TRADUCTION] « [L]e législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement, ni s’exprimer en vain » : *ibid.*, §8.23.

[46] Cette présomption doit jouer un rôle dans notre interprétation de manière à ce qu’aucune disposition du Code ne soit « interprétée de façon telle qu’elle devienne superfétatoire » : *R. c. Proulx*, 2000

61, at para. 28). Yet this is precisely the result if we adopt the interpretation proposed by Mr. Schrenk. This is because s. 13(1)(b) contains two disjunctive prohibitions: the first refers to discrimination regarding “employment”; the second refers to discrimination regarding “any term or condition of employment”. In my view, this suggests that the former targets discrimination *against employees generally* whereas the latter targets discrimination *by employers specifically*, given that only employers control the terms and conditions of employment. To limit discrimination “regarding employment” to circumstances where the employer makes enduring discrimination a “condition” of employment — whether through his own action or through his inaction in the face of discrimination by a third party — would arguably render “regarding employment” redundant with discrimination “regarding . . . any term or condition of employment” contrary to the presumption against redundancy (Code, s. 13(1)(b)). Although this conclusion is not decisive in itself, it reinforces the broad reading I propose.

[47] Considering the patterns of expression in the Code further reinforces the interpretation of s. 13(1)(b) as applying beyond the confines of employer-employee relationships. In particular, where the Code seeks to limit the class of actors against whom a particular prohibition applies, it employs specific language rather than barring a “person” from engaging in discriminatory conduct. For example, s. 12 of the Code expressly limits the category of actors who can perpetrate wage discrimination to “employer[s]”. Similarly, s. 14 specifically bars “trade union[s], employers’ organization[s] or occupational association[s]” from discriminating in relation to various aspects of union membership. The contrasting use of the general term “person” with these specific terms suggests that the prohibition against discrimination “regarding employment” found in s. 13(1)(b) applies to more than just employers. With respect, I do not share the view of the Chief Justice that the word “person” in s. 13 “neither expands nor limits the ambit of the section”

CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 28. Pourtant, tel serait précisément le résultat si nous adoptons l’interprétation proposée par M. Schrenk. Il en est ainsi parce que l’al. 13(1)(b) comporte deux interdictions disjonctives : la première porte sur la discrimination relative à [TRADUCTION] l’« emploi »; la seconde sur la discrimination relativement « aux modalités [d’]emploi ». À mon avis, cela suggère que la première vise la discrimination *contre les employés en général*, tandis que la seconde vise la discrimination *par les employeurs spécifiquement*, puisque seuls ces derniers exercent un contrôle sur les modalités de l’emploi. On pourrait soutenir que limiter la discrimination « relativement à [l’]emploi » aux circonstances où l’employeur agit de telle sorte qu’une discrimination qui perdure soit une « condition » d’emploi — que ce soit par ses propres actions ou par son inaction face à la discrimination dont des tiers font preuve — la rendrait redondante au regard de la discrimination « relativement aux modalités d’emploi », contrairement à la présomption de non-redondance : Code, al. 13(1)(b). Bien que cette conclusion ne soit pas décisive en elle-même, elle favorise l’interprétation large que je propose.

[47] L’examen de la structure répétitive du libellé du Code renforce davantage l’interprétation de l’al. 13(1)(b) voulant qu’il s’applique au-delà des relations employeur-employé. Plus particulièrement, lorsque le Code vise à limiter la catégorie d’acteurs à qui s’applique une interdiction précise, il utilise une formulation précise plutôt que d’interdire à une « personne » d’avoir une conduite discriminatoire. Par exemple, l’art. 12 du Code limite expressément aux [TRADUCTION] « employeur[s] » la catégorie d’acteurs qui peuvent faire preuve de discrimination relativement aux salaires. De la même façon, l’art. 14 interdit spécifiquement aux « syndicat[s], association[s] d’employeurs ou association[s] professionnelle[s] » de faire preuve de discrimination en lien avec divers aspects de l’appartenance au syndicat. L’usage contrastant du mot général « personne » avec ces mots précis porte à croire que l’interdiction de la discrimination « relativement à [l’]emploi » prévue à l’al. 13(1)(b) ne s’applique pas qu’aux employeurs. Soit dit en tout respect, je

(para. 110). It seems to me irreconcilable with the fact that, when the Legislature sought to limit the applicability of a prohibition to “employers”, it did so explicitly.

[48] Finally, the structure of the Code supports an approach that views employment as a *context* requiring remedy against the exploitation of vulnerability rather than as a *relationship* needing unidirectional protection. According to the Chief Justice, the scheme of the Code reflects an intent to protect two things: first, specific relationships — namely, those shared by patrons and business owners (s. 8), landlords and tenants (s. 10), and employers and employee (s. 13) — and second, public communications — i.e. discriminatory publication (s. 7) and job postings (s. 11). In my view, however, a contextual lens better captures the scheme of ss. 7 to 14 because it provides a complete explanation for the underlying logic of these sections of the Code. All of these provisions capture *contexts* of vulnerability in which “discrimination” (defined in s. 1 as applying to all of these contexts) may arise. This includes ss. 7 and 11. Discriminatory publications are prohibited by s. 7, not because they are public *per se* but because minority groups are particularly vulnerable to hate speech in the context of publication. The same goes for the context of discriminatory employment advertisements (s. 11), which, too, are publicly disseminated.

[49] By contrast, the Chief Justice says the scheme of ss. 7 to 14 targets two things: certain relationships and public communications. Regarding the latter, she reasons that the Code was “not intended to govern private acts of discrimination between individuals” (para. 117). But this conflicts with the relationships she concedes are targeted by the Code. Interactions in the accommodation (s. 8), property

ne partage par le point de vue de la Juge en chef selon lequel le mot « personne » qui figure à l’art. 13 « n’a aucune incidence sur le champ d’application de la disposition » : par. 110. Cela me semble irréciliable avec le fait que, lorsque le législateur a cherché à restreindre l’applicabilité de l’interdiction aux « employeurs », il l’a fait de manière explicite.

[48] Enfin, la structure du Code favorise une approche qui considère l’emploi comme un *contexte* qui requiert de remédier à l’exploitation de la vulnérabilité plutôt que comme une *relation* qui nécessite une protection unidirectionnelle. Selon la Juge en chef, l’économie du Code reflète une intention de protéger deux choses : premièrement, des relations spécifiques — soit celles qui unissent les clients et les propriétaires d’entreprises (art. 8), les propriétaires et les locataires (art. 10), ainsi que les employeurs et les employés (art. 13) — et deuxièmement, les communications publiques — c.-à-d. les publications discriminatoires (art. 7) et les offres d’emploi (art. 11). À mon avis, toutefois, l’angle contextuel rend mieux compte de l’économie des art. 7 à 14 parce qu’il explique complètement la logique qui sous-tend ces dispositions du Code. En effet, elles traitent toutes de *contextes* de vulnérabilité dans lesquels peut survenir de la « discrimination » (qui, selon la définition qu’en donne l’article premier, s’applique à tous ces contextes); une affirmation qui s’applique aux art. 7 et 11. Les publications discriminatoires sont interdites par l’art. 7, non pas parce qu’elles sont publiques, mais parce que les groupes minoritaires sont particulièrement vulnérables eu égard aux discours haineux dans le contexte de la publication. Il en va de même pour le contexte des offres d’emploi discriminatoires (art. 11) qui sont, elles aussi, diffusées publiquement.

[49] La Juge en chef affirme au contraire que l’économie des art. 7 à 14 vise deux choses : certaines relations et communications publiques. Quant à ces dernières, elle soutient que le Code « n’[est] pas cens[é] régir des actes privés de discrimination entre particuliers » : par. 117. Or, cette affirmation n’est pas compatible avec ce qu’elle concède être des relations visées par le Code. Les interactions qui

(s. 9), tenancy (s. 10), fair wages (s. 12) and employment (s. 13) contexts are all “private” in that they do not involve the state and can occur inconspicuously. Viewing the Code’s scheme harmoniously, then, requires understanding ss. 7 to 14 as contexts of vulnerability and not as exclusively public acts of discrimination (ss. 7 and 11) when the Code undoubtedly targets private acts as well (ss. 8 to 10, 12 and 13).

### C. *The Purposes of the Code*

[50] The modern principle of interpretation requires that courts approach statutory language in the manner that best reflects the underlying aims of the statute. This follows from the obligation to interpret the words of an Act harmoniously with the object of the Act and the intention of Parliament. As Professor Sullivan notes, “[i]n so far as the language of the text permits, interpretations that are consistent with or promote legislative purpose should be adopted, while interpretations that defeat or undermine legislative purpose should be avoided” (§9.3).

[51] The clear statement of purpose set out in the Code must guide our interpretation of s. 13(1)(b):

**3** The purposes of this Code are as follows:

- (a) to foster a society in British Columbia in which there are no impediments to full and free participation in the economic, social, political and cultural life of British Columbia;
- (b) to promote a climate of understanding and mutual respect where all are equal in dignity and rights;
- (c) to prevent discrimination prohibited by this Code;

ont cours dans les contextes relatifs aux logements (art. 8), à la propriété (art. 9), aux contrats locatifs (art. 10), aux salaires équitables (art. 12) et à l’emploi (art. 13) sont toutes de nature « privée », en ce sens qu’elles interviennent sans le concours de l’État et qu’elles peuvent survenir discrètement. Cela étant, pour que l’économie du Code constitue un tout harmonieux, il faut interpréter les art. 7 à 14 comme décrivant des contextes de vulnérabilité et non pas des actes discriminatoires exclusivement publics (art. 7 et 11), puisqu’il ne fait aucun doute que le Code vise également des actes privés (art. 8 à 10, 12 et 13).

### C. *Les objets du Code*

[50] Le principe moderne d’interprétation exige que les tribunaux abordent le texte de la loi de la manière qui reflète le mieux les objets qui la sous-tendent. Ce raisonnement découle de l’obligation qui incombe aux tribunaux d’interpréter les mots d’une loi d’une façon qui s’harmonise avec son objet et avec l’intention du législateur. Comme le note la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « [d]ans la mesure où le libellé du texte le permet, les interprétations qui sont conformes à l’objet de la loi ou qui favorisent la réalisation de cet objet devraient être adoptées, tandis que les interprétations qui contrecarrent ou minent l’objet de la loi devraient être évitées » : §9.3.

[51] L’énoncé clair des objets prévus dans le Code doit guider notre interprétation de l’al. 13(1)(b) :

[TRADUCTION]

**3** Le présent Code a pour objets :

- (a) de favoriser l’existence en Colombie-Britannique d’une société dépourvue d’obstacle à la participation pleine et libre à la vie économique, sociale, politique et culturelle de cette province;
- (b) de favoriser un climat de compréhension et de respect mutuel où tous ont la même dignité et les mêmes droits;
- (c) de prévenir la discrimination interdite par le présent Code;

(d) to identify and eliminate persistent patterns of inequality associated with discrimination prohibited by this Code;

(e) to provide a means of redress for those persons who are discriminated against contrary to this Code.

[52] This sets out an ambitious aim that supports an expansive and *not* a restrictive approach to the terms “regarding employment” in s. 13(1)(b). Indeed, nothing in the stated purposes of the Code suggests limiting the application of s. 13(1)(b) to formal employment relationships or to those analogous to employment by virtue of the economic control and dependency between the parties. Nor do the stated purposes suggest restricting the operation of the legislative scheme to remedying the potential discrimination that can arise via economic power imbalances in the workplace while leaving other types of discriminatory harassment to persist unabated.

[53] A nuanced understanding of discrimination underpins the conclusion that one of the purposes of s. 13(1)(b) is to protect employees from the indignity of discriminatory conduct in the workplace. Admittedly, decisions relating to hiring, promotion, discipline, and termination — should they be based on a *protected characteristic* — are all obvious means by which those with formal authority can discriminate against employees. But it would be superficial to conclude that employers and other superiors are the only ones who can discriminate “regarding employment”. While discrimination by one’s employer is particularly insidious for the reasons identified by the Court of Appeal — in that it exploits an economic power imbalance — other forms of conduct can amount to discrimination “regarding employment” in the absence of such economic power.

[54] I add that the Code is not limited to the purpose of preventing discrimination. It also aims to

(d) de déceler et éliminer les formes d’inégalité persistantes liées à la discrimination interdite par le présent Code;

(e) de fournir un recours aux personnes qui sont victimes de discrimination contrairement au présent Code.

[52] Il s’agit là d’un objectif ambitieux qui milite en faveur d’une interprétation large et *non* restrictive des mots « relativement à [l’]emploi » utilisés à l’al. 13(1)(b). D’ailleurs, rien dans les objets énoncés du Code ne suggère que l’application de l’al. 13(1)(b) devrait se limiter aux relations formelles d’emploi ou à celles qui ressemblent à une relation d’emploi en raison du contrôle économique et de la dépendance entre les parties. Les objets énoncés ne suggèrent pas non plus que le régime législatif devrait servir à remédier seulement à la discrimination pouvant découler en milieu de travail des inégalités de pouvoir sur le plan économique, tandis que les autres types de harcèlement discriminatoire pourraient y persister en toute impunité.

[53] Une vision nuancée de la discrimination sous-tend la conclusion selon laquelle un des objets de l’al. 13(1)(b) est de protéger les employés de l’atteinte à la dignité que cause un comportement discriminatoire en milieu de travail. Certes, les personnes ayant un pouvoir formel peuvent faire preuve de discrimination contre les employés lorsqu’elles prennent des décisions relatives à l’embauche, à l’avancement, aux mesures disciplinaires et à la résiliation des contrats d’emploi — si ces décisions sont fondées sur une *caractéristique protégée*. Il serait toutefois superficiel de conclure que les employeurs et les autres supérieurs sont les seuls qui peuvent faire preuve de discrimination « relativement à [l’]emploi ». Bien que la discrimination exercée par un employeur soit particulièrement insidieuse pour les raisons invoquées par la Cour d’appel — en ce qu’elle exploite une inégalité de pouvoir sur le plan économique — d’autres formes de comportement peuvent constituer de la discrimination « relativement à [l’]emploi », même en l’absence d’un tel pouvoir.

[54] J’ajoute que le Code n’a pas comme seul objet de prévenir la discrimination. Il vise également à

“promote a climate of understanding and mutual respect where all are equal in dignity and rights” and to “provide a means of redress for those persons who are discriminated against contrary to this Code” (s. 3(b) and (e)). The Chief Justice’s interpretation of the Code is at odds with these aims because it places responsibility for protecting human rights exclusively on those who wield formal authority in the employment relationship. It also risks leaving the victims of discrimination without a remedy in many situations. Under a narrow approach, the employer would be exclusively responsible for ensuring a discrimination-free workplace. In other words, if you suffer discrimination at the hands of a colleague, your only remedy under the Code would lie against your employer. This would oblige your employer to intervene by disciplining the perpetrator or terminating his or her employment, for example, but it would not allow you to seek a remedy against the perpetrator *directly*.

[55] This narrow reading allegedly follows from the fact that discrimination is only “regarding employment” when it is perpetrated — or, at the very least, tolerated — by the employer. As the employer is the only actor with formal power over the employment relationship, only the employer can be held accountable for its failure to prevent or redress discrimination. This is not a problem for the Chief Justice, who argues that “there will always be an entity in any work context that is responsible for ensuring that workers enjoy a discrimination-free environment” (para. 123). It is for this reason that the Chief Justice concludes that s. 13(1)(b) only “trains its regulatory guns on those responsible for intervening and halting the events in question” (*ibid.*). Respectfully, this narrow focus misses the mark set by the Code’s remedial purposes (and, in the context of employment discrimination, ignores how the Code “trains its regulatory guns” on a “person” and not “those responsible for intervening” (s. 13(1))). For instance, what can you do when your employer

[TRADUCTION] « favoriser un climat de compréhension et de respect mutuel où tous ont la même dignité et les mêmes droits » et à « fournir un recours aux personnes qui sont victimes de discrimination contrairement au présent Code » : al. 3(b) et (e). L’interprétation du Code que préconise la Juge en chef va à l’encontre de ces objectifs, puisqu’elle attribue la responsabilité de la protection des droits de la personne exclusivement à ceux qui exercent l’autorité officielle dans la relation d’emploi. Elle comporte également le risque que les victimes de discrimination ne disposent d’aucun recours dans de nombreuses situations. Selon une approche étroite, l’employeur serait l’unique responsable de faire en sorte que le milieu de travail soit exempt de discrimination. Autrement dit, si un employé est victime de discrimination de la part d’un collègue, il ne pourrait, en vertu du Code, intenter un recours que contre son employeur. Cela obligerait ce dernier à intervenir en imposant des mesures disciplinaires à l’auteur de la faute ou en mettant fin à son emploi, par exemple, mais l’employé visé par le comportement discriminatoire ne pourrait pas intenter *directement* de recours contre l’auteur de la faute.

[55] Cette interprétation étroite découlerait apparemment du fait que la discrimination n’est « relatif[e] à l’emploi » que lorsqu’elle est le fait de l’employeur — ou, à tout le moins, tolérée par lui. Puisque ce dernier est le seul acteur à posséder un pouvoir formel dans le cadre de la relation d’emploi, il serait le seul à pouvoir être tenu responsable s’il faillit à prévenir la discrimination ou à en réparer les effets. Cela ne pose pas de problème pour la Juge en chef selon qui « il y aura toujours une entité dans tout contexte de travail qui est responsable de faire en sorte que les travailleurs jouissent d’un milieu exempt de discrimination » : par. 123. C’est pourquoi elle conclut que l’al. 13(1)(b) ne « s’attaque [qu’]aux personnes responsables d’intervenir lors des incidents en question et d’y mettre fin » : *ibid.* Soit dit en tout respect, cette vision étroite ne permet pas d’atteindre les objectifs de réparation du Code (et, dans le contexte de la discrimination en matière d’emploi, ne tient pas compte de la façon dont le Code « s’attaque » aux « personne[s] » et non aux

has no disciplinary authority over the perpetrator? As in this case, what happens when the perpetrator is not employed by the same employer? Based on the narrow reading, the individual perpetrator evades responsibility under s. 13(1)(b) and the complainant is left without a remedy.

[56] In my view, while the person in control of the complainant's employment may be *primarily* responsible for ensuring a discrimination-free workplace — a responsibility that is recognized in s. 44(2) of the Code — it does not follow that only a person who is in a relationship of control and dependence with the complainant is responsible for achieving the aims of the Code. Rather, the aspirational purposes of the Code require that individual perpetrators of discrimination be held accountable for their actions. This means that, in addition to bringing a claim against their employer, the complainant may also bring a claim against the individual perpetrator. The existence of this additional claim is especially relevant when the discriminatory conduct of a co-worker persists *despite* the employer having taken all possible steps to stop it.

[57] The following example highlights the practical consequences of adopting a narrow approach that focuses solely on discrimination by employers. Consider an employee who endures years of discriminatory harassment at the hands of a co-worker who commits that harassment covertly, such that the employer is unaware of it despite exercising diligent supervision. Under the narrow approach, this may not be discrimination “regarding employment” as the employer is unaware of the discrimination and thus may not be faulted for not intervening. A perverse consequence flows from this: as long as the employer acted with reasonable diligence, the Tribunal may find that the complainant never suffered discrimination “regarding employment” for the period leading up to the moment when he or she finally musters

« personnes responsables d'intervenir » : par. 13(1)). Par exemple, que pourrait faire un employé lorsque son employeur n'a aucun pouvoir disciplinaire à l'égard de l'auteur de la faute? Que se passerait-il lorsque, comme en l'espèce, l'auteur de la faute et l'employé n'ont pas le même employeur? Si on se fondait sur l'interprétation étroite, l'auteur fautif échapperait à toute responsabilité découlant de l'al. 13(1)(b) et le plaignant se retrouverait sans recours.

[56] À mon avis, même si la personne qui exerce un contrôle sur l'emploi du plaignant peut être *principalement* responsable de s'assurer que le milieu de travail est exempt de discrimination — une responsabilité reconnue au par. 44(2) du Code — il ne s'ensuit pas que la personne ayant une relation de contrôle et de dépendance avec le plaignant est exclusivement responsable de l'atteinte des objectifs du Code. Ces objectifs ambitieux exigent que les auteurs individuels de discrimination soient tenus responsables de leurs actes. Cela signifie que, en plus d'intenter une action contre son employeur, le plaignant peut aussi intenter un recours contre l'auteur individuel de la discrimination, ce qui est particulièrement pertinent lorsque le collègue continue à agir de manière discriminatoire *malgré* toutes les mesures prises par l'employeur pour qu'il cesse d'agir de la sorte.

[57] L'exemple suivant illustre les conséquences pratiques qui découleraient de l'adoption d'une approche étroite qui se concentrerait uniquement sur le comportement discriminatoire des employeurs. Voyons le cas d'un employé qui subit pendant des années le harcèlement discriminatoire dont se rend coupable un collègue en secret, de telle sorte que l'employeur n'en connaît pas l'existence, même s'il supervise le lieu de travail avec diligence. Suivant l'approche étroite, il ne pourrait s'agir de discrimination « relativement à [l']emploi » puisque l'employeur ne serait pas conscient du problème de discrimination et il ne pourrait donc pas lui être reproché de ne pas intervenir. Il en découlerait une conséquence pernicieuse, soit que, dans la mesure où l'employeur aurait fait preuve d'une



the courage to report the years of abuse by their co-worker.

[58] The narrow reading leaves such an employee with limited remedies. Once alerted to the discriminatory conduct, an employer will presumably discipline the co-worker who has harassed the complainant for multiple years and may even terminate their employment. But the Tribunal could go further. The Tribunal can, like the employer, order that the harasser cease his or her discriminatory behaviour (Code, s. 37(2)(a)), but it can also order the harasser to “ameliorate” their discriminatory harm (s. 37(2)(c)(i)); order the harasser to pay compensation to the complainant (s. 37(2)(d)(iii)); and declare the conduct discriminatory, which can have symbolic significance (s. 37(2)(b)). These remedies go beyond those available to the employer and further the purposes of the Code.

[59] In the end, a *relational* approach leaves complainants with access to too few remedies and narrows the range of actors who can be held accountable for their conduct. The unfortunate consequence of this is that individual perpetrators like Mr. Schrenk may be immunized from liability before the Tribunal simply because they do not share a common employer with the victim of their harassment. The *contextual* approach I propose, by contrast, gives employees greater scope to obtain remedies before the Tribunal. This aligns with the remedial purposes of the Code. Insofar as both the relational and the contextual interpretations of “regarding employment” are plausible, the interpretive approach set out in our jurisprudence relative to human rights laws favours the more generous reading.

diligence raisonnable, le Tribunal pourrait conclure à l’absence de discrimination « relativement à [l’]emploi » à l’endroit du plaignant pour la période précédant le moment où il a trouvé le courage de rapporter les années d’abus que lui a fait subir son collègue.

[58] L’interprétation étroite aurait pour conséquence de laisser un nombre de recours restreints à l’employé. Dès lors qu’il est informé du comportement discriminatoire, on présume que l’employeur va prendre des mesures disciplinaires à l’endroit du collègue qui a harcelé le plaignant durant de nombreuses années, voire même le congédier. Le Tribunal peut toutefois aller plus loin. Il peut, à l’instar de l’employeur, ordonner que le fautif mette fin à son comportement discriminatoire : Code, al. 37(2)(a). Il pourrait toutefois aussi lui ordonner de [TRADUCTION] « réparer » le tort causé par son comportement discriminatoire (sous-al. 37(2)(c)(i)); ordonner au fautif d’indemniser le plaignant (sous-al. 37(2)(d)(iii)); et déclarer le comportement discriminatoire, ce qui peut avoir un poids symbolique (al. 37(2)(b)). Ces mesures de réparation vont au-delà de celles que peut adopter un employeur et favorisent la réalisation des objectifs du Code.

[59] En définitive, une approche fondée sur les *relations* ne laisserait aux plaignants que trop peu de recours et restreindrait l’éventail des acteurs qui pourraient être tenus responsables de leur conduite. Elle aurait en outre pour conséquence regrettable que les fautifs, comme M. Schrenk, pourraient être à l’abri d’un recours en responsabilité devant le Tribunal uniquement parce qu’ils n’ont pas le même employeur que la victime qu’ils harcèlent. En revanche, l’approche *contextuelle* que je propose permet aux employés d’intenter un plus vaste éventail de recours devant le Tribunal. Cela est conforme aux objectifs de réparation du Code. Dans la mesure où tant l’interprétation fondée sur les relations de l’expression « relativement à [l’]emploi » que celle fondée sur les contextes sont plausibles, l’approche interprétative énoncée dans notre jurisprudence relative aux droits de la personne favorise la plus généreuse des deux.

D. *The Legislative History of Section 13(1)(b)*

[60] It is well established that the legislative history of statutes can be relied on to guide the interpretation of statutory language (*Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660; see also *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867, at para. 33). The legislative evolution of an enactment forms part of the “entire context” to be considered as part of the modern approach to statutory interpretation (*Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771*, 2005 SCC 70, [2005] 3 S.C.R. 425, at para. 28). In this case, the legislative history of s. 13 adds support to the broad interpretation of the scope of s. 13(1)(b).

[61] The legislative history of the Code is particularly instructive because it suggests that the British Columbia Legislature has incrementally extended the range of parties who are prohibited from discriminating regarding employment. In 1969, the proscription against discrimination “in regard to employment” in what was then the *Human Rights Act*, S.B.C. 1969, c. 10, applied only to an “employer” (s. 5). The term “employer” was defined as including “every person, firm, corporation, agent, manager, representative, contractor, or sub-contractor having control or direction of, or responsible, directly or indirectly, for, the employment of any employee” (s. 2(d)). In 1973, the definition of employer was removed, and the definition of employment was added (*Human Rights Code of British Columbia Act*, S.B.C. 1973, c. 119, s. 1). At this point, employers remained the only parties who were specifically prohibited from discrimination regarding employment. That changed in 1984 when the scope of the prohibition was expanded to apply to a “person or anyone acting on his behalf” (*Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, s. 8).

[62] A pivotal amendment came in 1992, when the legislation was amended to prohibit a “person” from discriminating against another person “with respect to employment” (*Human Rights*

D. *L’historique législatif de l’al. 13(1)(b)*

[60] Il est bien établi qu’on peut se fonder sur l’historique législatif d’une loi pour orienter l’interprétation de ses termes : *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660; voir aussi *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867, par. 33. L’évolution législative d’un texte de loi fait partie du « contexte global » dont il faut tenir compte dans le cadre de l’approche moderne d’interprétation des lois : *Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d’armature, section locale 771*, 2005 CSC 70, [2005] 3 R.C.S. 425, par. 28. Dans le cas qui nous occupe, l’historique législatif de l’art. 13 favorise l’interprétation large du champ d’application de l’al. 13(1)(b).

[61] L’historique législatif du Code est particulièrement instructif puisqu’il suggère que la législature de la Colombie-Britannique a graduellement élargi l’éventail des parties à qui il est interdit de faire preuve de discrimination relativement à l’emploi. En 1969, l’interdiction visant la discrimination [TRADUCTION] « en matière d’emploi » (« *in regard to employment* ») dans ce qui était à l’époque la loi intitulée *Human Rights Act*, S.B.C. 1969, c. 10, ne s’appliquait qu’à l’« employeur » : art. 5. La définition de ce mot comprenait « tout agent, personne, société, corporation, gérant, représentant, entrepreneur ou sous-entrepreneur qui a, directement ou indirectement, la charge ou la responsabilité de l’emploi d’une personne » : al. 2(d). En 1973, la définition d’employeur a été supprimée, et celle d’emploi a été ajoutée : *Human Rights Code of British Columbia Act*, S.B.C. 1973, c. 119, art. 1. À ce stade, les employeurs étaient les seules parties à qui il était spécifiquement interdit de faire preuve de discrimination relativement à l’emploi. Cette situation a changé en 1984 lorsque l’interdiction a été élargie à toute [TRADUCTION] « personne agissant pour son compte ou pour le compte d’autrui » : *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, art. 8.

[62] En 1992, une modification essentielle a été adoptée : la loi a été modifiée pour interdire à une [TRADUCTION] « personne » de faire preuve de discrimination à l’égard d’une autre personne « en matière

*Amendment Act, 1992*, S.B.C. 1992, c. 43, s. 6). In 1996, that language was revised to “regarding employment” (s. 13(1)(b)) with the entry into force of the Code, which remains in force to this day. This history shows an expansion of the parties who are subject to the Code’s remedies for discrimination, from “every person . . . having control or direction of . . . the employment of any employee” to a “person”.

[63] While the legislative history of the Code is not determinative, it is highly indicative of the fact the British Columbia Legislature intended to expand the scope of s. 13(1)(b) when it removed the word “employer” and replaced it with the much broader term “person”. This conclusion is reinforced by the presumption that legislative change is purposeful (Sullivan, at §23.22). The evolution of the language of s. 13(1)(b) indicates an intention to expand, rather than constrain, the responsibility for ensuring a discrimination-free workplace to all who are in a position to discriminate regarding another’s employment.

#### E. *The Relevance of McCormick*

[64] The interpretation proposed by Mr. Schrenk and adopted by the Court of Appeal states that the words “regarding employment” limit the scope of s. 13(1)(b) to relationships defined by control (on the part of the perpetrator of discrimination) and dependency (on the part of the complainant). In other words, the control of the perpetrator and the correlating dependency of the complainant are necessary to bring the complaint within the ambit of s. 13(1)(b). This limitation, it is argued, flows from the fact that it is only the person who controls the complainant’s employment who is in a position to discriminate with regard to that employment. It follows that remedies under s. 13 exist solely against those in positions of formal or economic power

d’emploi » (« *with respect to employment* ») : *Human Rights Amendment Act, 1992*, S.B.C. 1992, c. 43, art. 6. En 1996, le texte de cette disposition a été changé à « relativement à [l’]emploi » (« *regarding employment* ») (al. 13(1)(b)) lors de l’entrée en vigueur du Code qui est toujours en vigueur. Cet historique illustre l’élargissement de l’éventail des parties assujetties aux recours prévus dans le Code pour discrimination, qui est passé de [TRADUCTION] « toute personne [. . .] qui a [. . .] la charge ou la responsabilité de l’emploi d’une personne » à « personne ».

[63] Bien que l’historique législatif du Code ne soit pas déterminant, il tend fortement à indiquer que la législature de la Colombie-Britannique avait l’intention d’élargir le champ d’application de l’al. 13(1)(b) lorsqu’elle a supprimé le mot [TRADUCTION] « employeur » et l’a remplacé par le terme beaucoup plus large « personne ». La présomption voulant que la modification législative soit faite dans un but précis étaye cette conclusion : Sullivan, §23.22. L’évolution du libellé de l’al. 13(1)(b) indique l’intention du législateur d’élargir plutôt que de restreindre la responsabilité de faire en sorte que le milieu de travail soit exempt de discrimination à tous ceux qui sont dans une position où ils peuvent faire preuve de discrimination relativement à l’emploi d’une autre personne.

#### E. *La pertinence de l’arrêt McCormick*

[64] Selon l’interprétation proposée par M. Schrenk et adoptée par la Cour d’appel, les mots « relativement à [l’]emploi » limitent le champ d’application de l’al. 13(1)(b) aux relations définies par le contrôle (de la part de l’auteur de la discrimination) et la dépendance (de la part du plaignant). Autrement dit, pour que la plainte tombe sous le coup de l’al. 13(1)(b), il est nécessaire que l’auteur de la discrimination exerce un contrôle sur le plaignant et que, corolairement, celui-ci soit dans une situation de dépendance par rapport à l’auteur de la discrimination. Cette limite, selon l’intimé, découle du fait que seule la personne qui contrôle l’emploi du plaignant peut faire preuve de discrimination relativement à cet emploi. Il s’ensuit selon lui que

over the complainant, namely their employer or superiors. For this reason, Mr. Schrenk relies on the factors in *McCormick* to determine whether he was in a relationship of control and dependency with Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul and thus determine whether their relationship falls under the scope of s. 13(1)(b).

[65] Reliance on *McCormick* in this way is misplaced. The interpretation of “employment relationship” articulated in *McCormick*, at para. 23, was used to determine whether the person who allegedly suffered discrimination was in an employment relationship for the purpose of the Code. In other words, *McCormick* identified who qualifies for the protection of s. 13 by virtue of being an employee. Once it is determined that a complainant is an employee, however, *McCormick* does not address the question of who may perpetrate discrimination regarding employment.

[66] The Chief Justice appears to adopt a similar view as Mr. Schrenk when she states that *McCormick* “confirmed that the nature of the relationship between complainant and respondent is dispositive of whether s. 13(1)(b) applies” (para. 130). With respect, the contextual approach I propose does not disregard that relational inquiry; it simply applies that inquiry in the same manner as the Court did in *McCormick*: to the prospective complainant. *McCormick* does indeed require a relational analysis but only in respect of who can suffer employment discrimination and not who can perpetrate it. *McCormick*, at paras. 45-46, holds that someone who is not an employee under the Code cannot suffer employment discrimination. It does not hold that only employers can perpetrate employment discrimination. This follows from the fact that it is the vulnerability of being an employee that warrants special legislative protection under the Code. The contextual approach I propose is consistent with *McCormick*

les recours en application du par. 13 ne s’appliquent que contre les personnes qui sont dans une position de pouvoir officiel ou économique par rapport au plaignant, soit son employeur ou ses supérieurs. Pour cette raison, M. Schrenk se fonde sur les facteurs énoncés dans *McCormick* pour déterminer s’il entretenait une relation de contrôle et de dépendance avec M. Sheikhzadeh-Mashgoul et, par conséquent, pour déterminer si leur relation était de celles qui tombent sous le coup de l’al. 13(1)(b).

[65] Une telle application de l’arrêt *McCormick* est malavisée. L’interprétation de la « relation d’emploi » exposée au par. 23 de ce jugement a été utilisée pour établir si la personne qui aurait subi de la discrimination était dans une relation d’emploi pour l’application du Code. Autrement dit, *McCormick* a indiqué qui sont les personnes qui jouissent de la protection offerte par l’art. 13 du fait qu’elles sont des employées. Cependant, une fois qu’il est établi que le plaignant est un employé, l’arrêt *McCormick* n’aborde pas la question de savoir qui peut être considéré comme l’auteur de la discrimination relativement à l’emploi.

[66] La Juge en chef semble adopter un point de vue semblable à celui de M. Schrenk lorsqu’elle affirme que *McCormick* « a confirmé que la nature de la relation entre le plaignant et le défendeur est décisive pour juger de l’application ou non de l’al. 13(1)(b) » : par. 130. Soit dit en tout respect, l’approche contextuelle que je propose n’écarter pas cet examen de la relation entre les protagonistes; elle ne fait qu’appliquer cet examen comme l’a fait la Cour dans *McCormick* : au plaignant potentiel. Cet arrêt requiert en effet un examen de la relation, mais uniquement en ce qui a trait à la personne qui peut souffrir de discrimination dans le cadre du travail, et non à celle qui peut s’en rendre coupable. Dans *McCormick*, la Cour conclut que celui qui n’est pas un employé au sens du Code ne peut subir de discrimination dans le cadre de l’emploi : par. 45-46. Elle ne conclut pas que seuls les employeurs peuvent faire preuve de discrimination dans le cadre de l’emploi. Cela découle du fait que

in that it limits the protection of s. 13(1)(b) to *employees*.

F. *Conclusion on the Scope of Section 13(1)(b)*

[67] Reading the Code in line with the modern principle of statutory interpretation and the particular rules that apply to the interpretation of human rights legislation, I find that s. 13(1)(b) prohibits discrimination against employees whenever that discrimination has a sufficient nexus with the employment context. In determining whether discriminatory conduct has such a sufficient nexus, the Tribunal must conduct a *contextual* analysis that considers all relevant circumstances. Factors which may inform this analysis include: (1) whether the respondent was integral to the complainant’s workplace; (2) whether the impugned conduct occurred in the complainant’s workplace; and (3) whether the complainant’s work performance or work environment was negatively affected. These factors are not exhaustive and their relative importance will depend on the circumstances. In my view, this contextual interpretation furthers the purposes of the Code by recognizing how employee vulnerability stems not only from economic subordination to their employers but also from being a captive audience to other perpetrators of discrimination, such as a harassing co-worker.

[68] With this in mind, I do not dispute that whether discrimination occurs “in the workplace” or is “related to or associated with [the complainant’s] employment” may be relevant to characterizing that discrimination as being “regarding employment” (Justice Abella’s reasons, at para. 74). But I am of the view that such findings alone — without a sufficient nexus to the employment

c’est la *vulnérabilité* associée au statut d’employé qui justifie la protection législative particulière prévue au Code. L’approche contextuelle que je propose est compatible avec *McCormick* dans la mesure où cet arrêt limite la protection que confère l’al. 13(1)(b) aux *employés*.

F. *Conclusion sur le champ d’application de l’al. 13(1)(b)*

[67] À la lecture du Code conformément au principe moderne d’interprétation législative et aux règles particulières qui s’appliquent à l’interprétation de la législation en matière de droits de la personne, je conclus que l’al. 13(1)(b) interdit la discrimination envers les employés dès lors que cette dernière a un lien suffisant avec le contexte d’emploi. Pour déterminer si un comportement discriminatoire a un tel lien suffisant, le Tribunal doit procéder à une analyse *contextuelle* qui tient compte de toutes les circonstances pertinentes. Les facteurs qui peuvent éclairer cette analyse comprennent le fait de savoir : (1) si le défendeur faisait partie intégrante du milieu de travail du plaignant; (2) si la conduite reprochée a été adoptée sur le lieu de travail du plaignant; et, (3) si le comportement a nui à l’emploi du plaignant ou à son environnement de travail. Cette liste de facteurs n’est pas exhaustive et l’importance relative de chacun d’entre eux dépend des circonstances. À mon avis, cette interprétation contextuelle favorise la réalisation des objets du Code en reconnaissant que la vulnérabilité des employés découle non seulement de leur subordination à leur employeur sur le plan économique, mais aussi du fait qu’ils ne peuvent échapper aux personnes qui font preuve de discrimination, comme un collègue harceleur.

[68] Dans cette optique, je ne conteste pas l’opinion selon laquelle le fait de savoir si la discrimination se manifeste « en milieu de travail » ou est « reliée ou associée à [l’]emploi [du plaignant] » peut être pertinent pour la qualifier de discrimination « relativement à [l’]emploi » (motifs de la juge Abella, par. 74). Je suis toutefois d’avis que des conclusions uniquement à cet effet — sans qu’il y

context — could not constitute employment discrimination.

[69] Applying this contextual approach to the present case, I find that the alleged conduct by Mr. Schrenk would come within the ambit of s. 13(1)(b). As the foreman of the worksite, Mr. Schrenk was an integral and unavoidable part of Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul's work environment. By denigrating Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul on the basis of religion, place of origin, and sexual orientation, his discriminatory behaviour had a detrimental impact on the workplace because it forced Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul to contend with repeated affronts to his dignity. This conduct amounted to discrimination regarding employment: it was perpetrated against an employee by someone integral to his employment context. Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul's complaint was consequently within the jurisdiction of the Tribunal pursuant to s. 13(1)(b) of the Code.

#### VII. Disposition

[70] I would allow the appeal and affirm the Tribunal's decision. As no party sought costs, I would not award costs.

The following are the reasons delivered by

[71] ABELLA J. — Mohammedreza Sheikhzadeh-Mashgoul is a civil engineer who was subjected to derogatory comments and emails regarding his place of origin, religion, and sexual orientation from Edward Schrenk, who worked for another employer on the same construction site. Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul filed a complaint with the British Columbia Human Rights Tribunal against Mr. Schrenk and his employer, Clemas Contracting Ltd., alleging employment discrimination contrary to s. 13(1)(b) of the *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210.

ait un lien suffisant avec le contexte d'emploi — ne permettraient pas de conclure à l'existence de discrimination relativement à l'emploi.

[69] En appliquant à la présente affaire cette approche contextuelle, je conclus que la conduite reprochée à M. Schrenk est visée par l'al. 13(1)(b). En tant que contremaître du chantier, il faisait inévitablement partie intégrante du milieu de travail de M. Sheikhzadeh-Mashgoul. En dénigrant ce dernier sur la base de la religion, du lieu d'origine et de l'orientation sexuelle, le comportement discriminatoire de M. Schrenk a eu une incidence néfaste sur le milieu de travail puisqu'il a forcé M. Sheikhzadeh-Mashgoul à subir des affronts répétés à sa dignité. Ce comportement constituait de la discrimination relativement à l'emploi : il a été adopté contre un employé par une personne qui faisait partie intégrante du contexte de son travail. La plainte de M. Sheikhzadeh-Mashgoul relevait donc de la compétence du Tribunal d'examiner une plainte fondée sur l'al. 13(1)(b) du Code.

#### VII. Dispositif

[70] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer la décision du Tribunal. Puisqu'aucune partie n'a sollicité de dépens, je n'en adjugerai pas.

Version française des motifs rendus par

[71] LA JUGE ABELLA — Mohammedreza Sheikhzadeh-Mashgoul est un ingénieur civil qui a fait l'objet de commentaires et de courriels dénigrants concernant son lieu d'origine, sa religion et son orientation sexuelle, de la part d'Edward Schrenk, qui travaillait pour un employeur différent, mais sur le même chantier de construction. M. Sheikhzadeh-Mashgoul a déposé une plainte auprès du British Columbia Human Rights Tribunal contre M. Schrenk et son employeur, Clemas Contracting Ltd., dans laquelle il alléguait avoir été victime de discrimination en matière d'emploi en contravention de l'al. 13(1)(b) du *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210.

[72] Mr. Schrenk and his employer brought an application to dismiss the complaint under s. 27(1)(a)<sup>1</sup> of the *Code* on the basis that the Tribunal did not have jurisdiction over the claim. They argued that because Mr. Schrenk was not in a position of authority over Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul, the conduct could not constitute discrimination “regarding employment” within the meaning of s. 13(1)(b).

[73] The issue in this case is whether employment discrimination under the *Code* can be found where the harasser is not in a position of authority over the complainant. I have had the benefit of reading Justice Rowe’s reasons and agree with his conclusion, but, with respect, would approach it somewhat differently. It seems to me that what the analysis in this case requires is that we consider the meaning of employment discrimination in a way that is consistent with, and emerges from, our well-settled human rights principles, and not just the particular words of British Columbia’s *Code*.

[74] Applying these principles leads, in my view, to the conclusion that an employee is protected from discrimination related to or associated with his or her employment, including humiliating and degrading harassment in the workplace, whether or not he or she occupies a position of authority. The Tribunal, as a result, has jurisdiction to hear the complaint.

### Background

[75] Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul immigrated to Canada from Iran and is a Muslim. He works for the engineering firm Omega and Associates Engineering

<sup>1</sup> Applications to dismiss were made under s. 27(1)(a), (b), (c) and (d)(ii). Only s. 27(1)(a) is at issue in this appeal. It states:

27 (1) A member or panel may, at any time after a complaint is filed and with or without a hearing, dismiss all or part of the complaint if that member or panel determines that any of the following apply:

(a) the complaint or that part of the complaint is not within the jurisdiction of the tribunal;

[72] M. Schrenk et son employeur ont présenté une demande de rejet de la plainte en application de l’al. 27(1)(a)<sup>1</sup> du Code, sur la base que le Tribunal n’avait pas compétence à l’égard de la plainte. Selon eux, puisque M. Schrenk ne se trouvait pas dans une position d’autorité par rapport à M. Sheikhzadeh-Mashgoul, sa conduite ne pouvait pas constituer de la discrimination [TRADUCTION] « relativement à [l’]emploi » au sens de l’al. 13(1)(b).

[73] La question en l’espèce est celle de savoir s’il peut y avoir discrimination en matière d’emploi aux termes du Code lorsque le harceleur ne se trouve pas dans une situation d’autorité par rapport au plaignant. J’ai pris connaissance des motifs du juge Rowe et je souscris à sa conclusion, mais, avec égard, j’adopterais une approche différente. Il me semble que l’analyse qu’il faut faire en l’espèce requiert de se pencher sur ce que représente la discrimination en matière d’emploi d’une manière qui soit compatible avec nos principes bien établis en droit de la personne et qui en découle, et non uniquement en fonction du libellé particulier du Code de la Colombie-Britannique.

[74] Appliquer ces principes amène, selon moi, à conclure qu’un employé est protégé contre la discrimination reliée ou associée à son emploi, y compris contre le harcèlement humiliant et dégradant en milieu de travail, qu’il ou elle se trouve ou non dans une situation d’autorité. Le Tribunal, en conséquence, a compétence pour entendre la plainte.

### Contexte

[75] M. Sheikhzadeh-Mashgoul, qui est musulman, a quitté l’Iran pour s’établir au Canada. Il travaille pour le cabinet d’ingénierie Omega and

<sup>1</sup> Les demandes de rejet ont été présentées en application des al. 27(1)(a), (b), (c) et du sous-al. (d)(ii). Seul l’al. 27(1)(a) est en cause dans le présent pourvoi. Il prévoit :

[TRADUCTION]

27 (1) Un membre ou une formation peut, à tout moment après le dépôt d’une plainte, rejeter une plainte en totalité ou en partie, avec ou sans audience si, à son avis, l’une ou l’autre des circonstances suivantes est applicable :

(a) la plainte ou une partie de la plainte ne relève pas de la compétence du tribunal;

Ltd., which was hired by the municipality of Delta to act as consulting engineers on a road improvement project. Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul was responsible for supervising the contracting work done by Clemas, which employed Mr. Schrenk as a site foreman.

[76] Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul complains of numerous offensive comments made by Mr. Schrenk during the project regarding his place of origin, religion, and sexual orientation. On learning of Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul's religion and place of origin, Mr. Schrenk asked "You are not going to blow us up with a suicide bomb, are you?" He shoved Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul and called him a "fucking Muslim piece of shit" in the presence of other Clemas employees. When Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul went to call his supervisor following a heated exchange with Mr. Schrenk, he was asked, "Are you going to call your gay friend?"

[77] Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul met with representatives of Omega, Clemas, and Delta, including Mr. Schrenk, where it was agreed that if the behaviour continued, Mr. Schrenk would be removed from the site. Mr. Schrenk did continue, telling Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul in another incident, "Go back to your mosque where you came from." Even after he was removed from the job site, Mr. Schrenk continued to harass Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul by sending derogatory emails. As a result, Clemas decided to terminate Mr. Schrenk's employment.

[78] Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul filed a complaint with the Tribunal against Mr. Schrenk, Clemas, and Delta, alleging employment discrimination. He later withdrew the claim against Delta. Mr. Schrenk and Clemas both applied to dismiss the complaint pursuant to s. 27(1)(a), arguing that the Tribunal lacked jurisdiction.

[79] In a decision by Walter Rilkoff, the Tribunal found that there was jurisdiction over the complaint.

Associates Engineering Ltd., qui a été engagé par la municipalité de Delta pour fournir des services d'ingénieurs-conseils relativement à des travaux de réfection d'une route. M. Sheikhzadeh-Mashgoul était responsable de superviser les travaux effectués en sous-traitance par Clemas, qui avait embauché M. Schrenk comme contremaître du chantier.

[76] M. Sheikhzadeh-Mashgoul se plaint de nombreux commentaires offensants formulés par M. Schrenk pendant les travaux concernant son lieu d'origine, sa religion et son orientation sexuelle. Quand il a appris la religion et le lieu d'origine de M. Sheikhzadeh-Mashgoul, M. Schrenk lui a demandé : [TRADUCTION] « Tu vas pas nous faire sauter dans un attentat suicide hein? » Il a aussi poussé M. Sheikhzadeh-Mashgoul et l'a traité de « sale musulman de merde » en présence d'autres employés de Clemas. Au moment où M. Sheikhzadeh-Mashgoul était sur le point d'appeler son superviseur à la suite d'un vif échange avec M. Schrenk, ce dernier lui a demandé : « Vas-tu appeler ton ami gay? »

[77] M. Sheikhzadeh-Mashgoul a rencontré des représentants d'Omega, de Clemas et de Delta, y compris M. Schrenk, moment lors duquel les participants ont convenu que si M. Schrenk ne modifiait pas son comportement, il serait renvoyé du chantier. M. Schrenk a néanmoins continué à agir comme il l'avait fait, disant à M. Sheikhzadeh-Mashgoul : [TRADUCTION] « Retourne à la mosquée d'où tu viens. » Même après avoir été renvoyé du chantier, M. Schrenk a continué à harceler M. Sheikhzadeh-Mashgoul en lui envoyant des courriels offensants. En conséquence, Clemas a décidé de congédier M. Schrenk.

[78] M. Sheikhzadeh-Mashgoul a déposé une plainte auprès du Tribunal contre M. Schrenk, Clemas et Delta, dans laquelle il alléguait avoir été victime de discrimination en matière d'emploi. Par la suite, il a retiré sa plainte contre Delta. M. Schrenk et Clemas ont tous deux présenté une demande de rejet de la plainte en application de l'al. 27(1)(a), alléguant que le Tribunal n'avait pas compétence.

[79] Dans une décision de Walter Rilkoff, le Tribunal a conclu qu'il avait compétence à l'égard de



In the Tribunal's view, the prohibition against employment discrimination applies to "persons", and is not limited to those in a direct employment relationship with or position of control over the complainant.

[80] At the Supreme Court of British Columbia, Brown J. dismissed Mr. Schrenk's application for judicial review. In her view, the issue was not whether Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul was in an employment relationship with Mr. Schrenk and Clemas, but whether he had experienced discrimination regarding his employment. To interpret the *Code* more narrowly would be contrary to common sense and current employment circumstances.

[81] The Court of Appeal for British Columbia unanimously allowed Mr. Schrenk's appeal ((2016), 400 D.L.R. (4th) 44). It disagreed with the Tribunal's analysis, concluding instead that employment discrimination can only occur if someone is in a position of authority and can force the complainant to endure that conduct as a condition of employment. Without that authority, the Tribunal may "consider whether the complainant's employer played some role in allowing the conduct" but has no jurisdiction over the individual wrongdoer.

[82] In my respectful view, there is no requirement that a harasser be in a position of authority before he or she is subject to the jurisdiction of the Tribunal. Mr. Schrenk relies on *McCormick v. Fasken Martineau DuMoulin LLP*, [2014] 2 S.C.R. 108, to argue that a relationship of control and dependency between the complainant and respondent is determinative.

[83] *McCormick* was addressing whether employment discrimination could be found where the claimant himself designed and agreed to the contractual employment term complained of. In the harassment context, the direct analogy would be a harasser claiming to be the victim of a discriminatory workplace where it is his own conduct that has

la plainte. De l'avis du Tribunal, l'interdiction visant la discrimination en matière d'emploi s'applique aux « personnes », et ne se limite pas à ceux qui entretiennent une relation d'emploi directe avec le plaignant ou qui exercent un contrôle sur celui-ci.

[80] En Cour suprême de la Colombie-Britannique, la juge Brown a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Schrenk. À son avis, la question n'était pas de savoir si M. Sheikhzadeh-Mashgoul avait une relation d'emploi avec M. Schrenk et Clemas, mais plutôt de savoir s'il avait fait l'objet de discrimination relativement à son emploi. Une interprétation plus étroite du Code serait contraire au bon sens et à la situation actuelle relative à l'emploi.

[81] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel de M. Schrenk dans une décision unanime : (2016), 400 D.L.R. (4th) 44. Elle était en désaccord avec l'analyse du Tribunal, concluant plutôt que la discrimination en matière d'emploi peut seulement se produire si une personne se trouve dans une situation d'autorité et peut obliger le plaignant à subir cette conduite comme condition d'emploi. En l'absence d'une telle autorité, le Tribunal peut [TRADUCTION] « se demander si l'employeur du plaignant a joué un certain rôle en permettant la conduite », mais il n'a pas compétence à l'égard du contrevenant individuel.

[82] Avec égards, il n'est pas nécessaire que le harceleur se trouve dans une situation d'autorité pour qu'il soit assujéti à la compétence du Tribunal. M. Schrenk se fonde sur *McCormick c. Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, [2014] 2 R.C.S. 108, pour faire valoir que l'existence d'une relation de contrôle et de dépendance entre le plaignant et le défendeur est déterminante.

[83] L'arrêt *McCormick* portait sur la question de savoir s'il peut y avoir discrimination en matière d'emploi lorsque le plaignant a lui-même rédigé la condition d'emploi contractuelle dont il se plaint et qu'il y a souscrit. Dans un contexte de harcèlement, l'analogie directe serait celle d'une situation où un harceleur prétendrait être la victime d'un

poisoned that workplace. *McCormick* did not purport to limit the jurisdiction of the Tribunal only to situations where there is discriminatory treatment by someone in a position of authority.

[84] I agree with the Tribunal and the Supreme Court of British Columbia that the Tribunal has jurisdiction over the complaint.

### Analysis

[85] It is well-established that the *Code* has a quasi-constitutional character and should be interpreted generously to give effect to its broad public purposes (*Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 547). These purposes include protecting individuals from adverse treatment based on protected group characteristics; in short, identifying and eliminating discrimination (*Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at p. 92; *McCormick*, at para. 18). This aspirational goal is set out in s. 3<sup>2</sup> of the *Code* and enforced in the employment context through s. 13(1), which states:

### **Discrimination in employment**

**13 (1)** A person must not

(a) refuse to employ or refuse to continue to employ a person, or

environnement de travail discriminatoire alors que c'est sa propre conduite qui aurait empoisonné le milieu de travail. L'arrêt *McCormick* ne visait pas à limiter la compétence du Tribunal seulement aux situations où un traitement discriminatoire est infligé par quelqu'un en position d'autorité.

[84] Je conviens avec le Tribunal et la Cour suprême de la Colombie-Britannique que le Tribunal a compétence pour examiner la plainte.

### Analyse

[85] Il est bien établi que le Code a un caractère quasi constitutionnel et devrait être interprété généreusement afin de permettre la réalisation de ses vastes objectifs d'intérêt public : *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 547. Ces objectifs incluent la protection des personnes contre les traitements préjudiciables fondés sur des caractéristiques collectives protégées; bref, déceler et éliminer les actes discriminatoires : *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, p. 92; *McCormick*, par. 18. Cet objectif ambitieux est énoncé à l'art. 3<sup>2</sup> du Code et est appliqué dans le contexte de l'emploi au moyen du par. 13(1), qui énonce :

[TRADUCTION]

### **Discrimination en matière d'emploi**

**13 (1)** Une personne ne peut

(a) soit refuser d'employer ou de continuer d'employer une personne,

<sup>2</sup>

<sup>3</sup> The purposes of this Code are as follows: (a) to foster a society in British Columbia in which there are no impediments to full and free participation in the economic, social, political and cultural life of British Columbia; (b) to promote a climate of understanding and mutual respect where all are equal in dignity and rights; (c) to prevent discrimination prohibited by this Code; (d) to identify and eliminate persistent patterns of inequality associated with discrimination prohibited by this Code; (e) to provide a means of redress for those persons who are discriminated against contrary to this Code.

<sup>2</sup>

[TRADUCTION]

<sup>3</sup> Le présent Code a pour objets : (a) de favoriser l'existence en Colombie-Britannique d'une société dépourvue d'obstacle à la participation pleine et libre à la vie économique, sociale, politique et culturelle de cette province; (b) de favoriser un climat de compréhension et de respect mutuel où tous ont la même dignité et les mêmes droits; (c) de prévenir la discrimination interdite par le présent Code; (d) de déceler et éliminer les formes d'inégalité persistantes liées à la discrimination interdite par le présent code; (e) de fournir un recours aux personnes qui sont victimes de discrimination contrairement au présent Code.

(b) discriminate against a person regarding employment or any term or condition of employment

because of the race, colour, ancestry, place of origin, political belief, religion, marital status, family status, physical or mental disability, sex, sexual orientation, gender identity or expression, or age of that person or because that person has been convicted of a criminal or summary conviction offence that is unrelated to the employment or to the intended employment of that person.

[86] This case engages s. 13(1)(b). The starting point for the discrimination analysis is the *prima facie* test for discrimination set out in *Moore v. British Columbia (Education)*, [2012] 3 S.C.R. 360, a case involving discrimination in the provision of educational services to children with learning disabilities. This test was reaffirmed in the employment context in *Stewart v. Elk Valley Coal Corp.*, [2017] 1 S.C.R. 591. In this appeal, therefore, to establish a *prima facie* case of discrimination, Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul must demonstrate that he has a characteristic protected under the *Code*, that he has experienced an adverse impact “regarding employment”, and that the protected characteristic was a factor in the adverse impact (*Moore*, at para. 33).

[87] The words “regarding employment” have been broadly construed since this Court’s decision in *Robichaud*. There, La Forest J. interpreted the phrase “in the course of employment” under the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, s. 7(b), to mean “work- or job-related”, or “in some way related or associated with the employment” (pp. 92 and 95). The same meaning was given to the words “in respect of employment” in *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252, at p. 1293. It applies equally here. The question, then, is whether Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul has experienced discrimination, namely an adverse impact related to or associated with his employment.

(b) soit faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi,

du fait de sa race, de sa couleur, de son ascendance, de son lieu d’origine, de ses opinions politiques, de sa religion, de son état matrimonial, de sa situation familiale, de ses déficiences mentales ou physiques, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son identité ou expression de genre ou de son âge, ou en raison de sa déclaration de culpabilité à l’égard d’une infraction criminelle ou d’une infraction punissable par procédure sommaire qui n’ont aucun rapport avec l’emploi actuel ou envisagé de la personne en question.

[86] La présente affaire fait intervenir l’al. 13(1)(b). Le point de départ de l’analyse de la discrimination est le test de discrimination *prima facie* énoncé dans l’arrêt *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2012] 3 R.C.S. 360, une affaire portant sur la discrimination dans la prestation de services éducatifs à des enfants ayant des troubles d’apprentissage. Ce test a récemment été réaffirmé dans un contexte d’emploi dans l’arrêt *Stewart c. Elk Valley Coal Corp.*, [2017] 1 R.C.S. 591. En conséquence, dans le présent pourvoi, pour établir qu’il y a eu discrimination *prima facie*, M. Sheikhzadeh-Mashgoul doit démontrer qu’il possède une caractéristique protégée par le Code, qu’il a subi un effet préjudiciable « relativement à son emploi », et que la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l’effet préjudiciable : *Moore*, par. 33.

[87] Les mots « relativement à son emploi » (« *regarding employment* ») ont reçu une interprétation large depuis la décision de la Cour dans *Robichaud*. Dans cet arrêt, le juge La Forest a interprété que l’expression « *in the course of employment* » utilisée dans le texte anglais de l’al. 7b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, c. 33, signifiait « relié aux fonctions ou à l’emploi », ou « reli[é] de quelque manière à l’emploi » : p. 92 et 95. Le même sens a été donné à l’expression anglaise « *in respect of employment* » dans *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, p. 1293. Cette interprétation s’applique tout autant en l’espèce. La question est donc de savoir si M. Sheikhzadeh-Mashgoul a fait l’objet de discrimination, c’est-à-dire s’il a subi un effet préjudiciable relié à son emploi.

[88] As is clear from this test, the discrimination inquiry is concerned with the impact on the complainant, not the intention or authority of the person who is said to be engaging in discriminatory conduct. This emphasis on impact, not intention, was the basis in *Stewart* for McLachlin C.J. declining to add a requirement of stereotypical or arbitrary decision-making to the *prima facie* test (para. 45).

[89] Cases of discrimination involving harassment in the workplace are also informed by this focus on impact. In *Janzen*, sexual harassment was defined non-exhaustively to include “unwelcome conduct of a sexual nature that detrimentally affects the work environment or leads to adverse job-related consequences for the victims of the harassment” (p. 1284). The key is whether that harassment has “a detrimental effect on the complainant’s work environment” (Michael Hall, “Racial Harassment in Employment: An Assessment of the Analytical Approaches” (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 207, at p. 212).

[90] The purpose of s. 13(1)(b) is to protect employees from the indignity of discriminatory conduct, verbal or otherwise, in a workplace. Discrimination can and does occur in the absence of an economic power imbalance. It cannot depend on technical lines of authority which may end up defeating the goals of human rights legislation. While employment discrimination is often, not surprisingly, focused on the ability of employers to subject complainants to discriminatory conduct as a condition of employment, *all* individuals have the right to be protected from discrimination in the workplace, including those in a position of authority.

[91] This is reflected in how British Columbia’s legislation has expanded liability for employment discrimination beyond simply employers and their agents. Section 13(1)(b), which now prohibits employment discrimination by a “person”, is the result

[88] Il ressort clairement de ce test que l’analyse relative à la discrimination a trait à l’effet sur le plaignant, et non à l’intention ou à l’autorité de la personne qui aurait eu une conduite discriminatoire. Cette insistance sur l’effet, et non sur l’intention, était la base sur laquelle, dans *Stewart*, la juge en chef McLachlin a refusé d’ajouter la nécessité de conclure à un processus décisionnel stéréotypé ou arbitraire au test servant à établir s’il y a une discrimination *prima facie* : par. 45.

[89] Les affaires de discrimination comportant du harcèlement en milieu de travail reposent aussi sur cette importance accordée à l’effet. Dans *Janzen*, le harcèlement sexuel a été défini de manière non exhaustive comme incluant la « conduite de nature sexuelle non sollicitée qui a un effet défavorable sur le milieu de travail ou qui a des conséquences préjudiciables en matière d’emploi pour les victimes du harcèlement » : p. 1284. L’essentiel consiste à savoir si ce harcèlement a [TRADUCTION] « un effet préjudiciable sur le milieu de travail du plaignant » : Michael Hall, « Racial Harassment in Employment : An Assessment of the Analytical Approaches » (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 207, p. 212.

[90] L’alinéa 13(1)(b) a pour objet de protéger les employés contre l’indignité de la conduite discriminatoire, qu’elle survienne verbalement ou autrement, dans un milieu de travail. La discrimination peut survenir et survient en l’absence d’inégalité de pouvoir économique. Son interprétation ne peut dépendre de hiérarchies techniques d’autorité qui sont susceptibles de faire échec aux objectifs des lois sur les droits de la personne. Bien que la discrimination en matière d’emploi soit bien souvent, comme on peut s’y attendre, axée sur la capacité des employeurs à faire subir une conduite discriminatoire aux plaignants comme condition d’emploi, *toute* personne a le droit d’être protégée contre la discrimination en milieu de travail, y compris celles qui sont en situation d’autorité.

[91] C’est ce qui ressort de la façon dont les dispositions législatives de la Colombie-Britannique ont élargi l’éventail des personnes pouvant être tenues responsables de discrimination en matière d’emploi au-delà des employeurs et de leurs représentants.

of a series of legislative amendments. In 1969, only an “employer” was prohibited from employment discrimination (*Human Rights Act*, S.B.C. 1969, c. 10, s. 5). This was extended in 1984 to a “person or anyone acting on his behalf” (*Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, s. 8). In 1992, it was expanded again to prohibit a “person” from engaging in employment discrimination (*Human Rights Amendment Act, 1992*, S.B.C. 1992, c. 43, s. 6). This, it seems to me, is a clear indication that the legislature wanted to prevent employment discrimination not only from “employers”, but from *any* person in the workplace.

[92] This approach is responsive to the realities of modern workplaces, many of which consist of diverse organizational structures which may have different employers and complex work relationships. Prohibiting all “persons” in a workplace from engaging in discrimination recognizes that preventing employment discrimination is a shared responsibility among those who share a workplace.

[93] There is no doubt that employers have a special duty and capacity to address discrimination, but this does not prevent individual perpetrators of discriminatory conduct from also potentially being held responsible, whether or not they are in authority roles. This is especially so where the employer’s best efforts are inadequate to resolve the issue or where, as here, the subject of the assault himself occupies a position of some authority. The harasser’s degree of control and ability to stop the offensive conduct is clearly relevant, but this goes to the factual matrix, not to the jurisdiction of the Tribunal to hear the complaint.

L’alinéa 13(1)(b), qui interdit maintenant à toute [TRADUCTION] « personne » de faire preuve de discrimination en matière d’emploi, est le résultat d’une série de modifications législatives. En 1969, seul [TRADUCTION] l’« employeur » était assujéti à l’interdiction de faire preuve de discrimination en matière d’emploi : *Human Rights Act*, S.B.C. 1969, c. 10, art. 5. En 1984, cette interdiction a été élargie à toute [TRADUCTION] « personne agissant pour son compte ou pour le compte d’autrui » : *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, art. 8. En 1992, cette interdiction a encore une fois été élargie pour interdire à toute [TRADUCTION] « personne » de faire preuve de discrimination en matière d’emploi : *Human Rights Amendment Act, 1992*, S.B.C. 1992, c. 43, art. 6. Il me semble qu’il s’agit là d’un indice clair que la législature voulait empêcher non seulement l’« employeur » de faire preuve de discrimination en matière d’emploi, mais aussi *toute* personne dans le milieu de travail.

[92] Cette approche répond à la réalité des milieux de travail modernes, dont bon nombre sont constitués de diverses structures organisationnelles qui peuvent comprendre différents employeurs et des relations de travail complexes. Le fait d’interdire à toutes les « personnes » dans un milieu de travail de faire preuve de discrimination reconnaît que la prévention de la discrimination en matière d’emploi est une responsabilité qui incombe à tous ceux qui partagent un milieu de travail.

[93] Il n’y a aucun doute que les employeurs ont l’obligation et la capacité particulière de lutter contre la discrimination, mais cela n’empêche pas que des individus ayant une conduite discriminatoire puissent également être tenus responsables, peu importe s’ils se trouvent en situation d’autorité. Cela est d’autant plus vrai lorsque l’employeur ne réussit pas, malgré tous ses efforts, à régler la question ou, comme en l’espèce, lorsque la victime de la conduite discriminatoire se trouve elle-même dans une situation comportant une certaine autorité. Le degré de contrôle et la capacité du harceleur à mettre fin à la conduite offensante sont manifestement pertinents, mais ces facteurs relèvent des fondements factuels, et non de la compétence du Tribunal en ce qui a trait à l’examen de la plainte.

[94] Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul has claimed discriminatory harassment based on place of origin, religion, and sexual orientation. The fact that Mr. Schrenk is not in a position of authority over him does not deprive the Tribunal of jurisdiction under s. 13(1)(b) to determine whether, based on the evidence, there has been discrimination.

[95] The appeal is allowed and the conclusion of the Tribunal that it had jurisdiction over the complaint, is restored. The parties have agreed not to seek costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Côté and Brown JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) —

#### I. Introduction

[96] The question on this appeal is whether the workplace discrimination prohibition in s. 13 of the British Columbia *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, applies only to employer-employee or similar relationships. The British Columbia Court of Appeal concluded that it did. I agree. Accordingly, I would dismiss the appeal.

[97] Section 13(1) of the Code provides:

**13 (1)** A person must not

- (a) refuse to employ or refuse to continue to employ a person, or
- (b) discriminate against a person regarding employment or any term or condition of employment

because of the race, colour, ancestry, place of origin, political belief, religion, marital status, family status, physical

[94] M. Sheikhzadeh-Mashgoul allègue avoir été victime de harcèlement discriminatoire fondé sur son lieu d'origine, sa religion et son orientation sexuelle. Le fait que M. Schrenk ne se trouve pas dans une situation d'autorité par rapport à lui ne prive pas le Tribunal de sa compétence d'examiner la plainte fondée sur l'al. 13(1)(b) pour déterminer si, à la lumière de la preuve, il y a eu discrimination.

[95] Le pourvoi est accueilli et la conclusion du Tribunal selon laquelle il avait compétence relativement à la plainte est rétablie. Les parties ont convenu de ne réclamer aucuns dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Côté et Brown rendus par

LA JUGE EN CHEF (dissidente) —

#### I. Introduction

[96] La question qui se pose dans le présent pourvoi est celle de savoir si l'interdiction relative à la discrimination en milieu de travail prévue à l'art. 13 du *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, de la Colombie-Britannique s'applique seulement aux relations employeurs-employés et aux relations semblables. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu par l'affirmative, et je souscris à cette opinion. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

[97] Le paragraphe 13(1) du Code prescrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

**13 (1)** Une personne ne peut

- (a) soit refuser d'employer ou de continuer d'employer une personne,
- (b) soit faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi,

du fait de sa race, de sa couleur, de son ascendance, de son lieu d'origine, de ses opinions politiques, de sa religion,

or mental disability, sex, sexual orientation, gender identity or expression, or age of that person or because that person has been convicted of a criminal or summary conviction offence that is unrelated to the employment or to the intended employment of that person.

[98] The complainant, Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul, was working on a road improvement project for the Corporation of Delta, a municipality in British Columbia, as the site representative for the consulting engineers (Omega and Associates Engineering Ltd.). The respondent, Mr. Schrenk, worked on the same project as the foreman for the lead contractor (Clemas Contracting Ltd.). They worked on the same job site together, but were employed by different employers. The allegations of discrimination involved racist and homophobic statements made by Mr. Schrenk on the job site. The complainant reported the harassment to his employer, Omega. Omega asked Clemas to remove Mr. Schrenk from the job site, which it did. Soon after, Mr. Schrenk stopped working on the project entirely. However, Mr. Schrenk continued to send the complainant derogatory emails. When Clemas became aware of the emails, it terminated Mr. Schrenk's employment.

[99] The complainant brought his complaint against Mr. Schrenk, Delta and Clemas, however only the complaint against Mr. Schrenk remains relevant. Mr. Schrenk applied to have the complaint dismissed without a hearing under s. 27(1) of the Code, arguing, among other things, that there was no employment relationship between him and the complainant. The British Columbia Human Rights Tribunal concluded that the scope of s. 13 is broad and is not limited to situations where there is an employment-like relationship, giving it jurisdiction over the complaint: 2015 BCHRT 17. The British Columbia Supreme Court dismissed Mr. Schrenk's application for judicial review: 2015 BCSC 1342.

de son état matrimonial, de sa situation familiale, de ses déficiences mentales ou physiques, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son identité ou expression de genre ou de son âge, ou en raison de sa déclaration de culpabilité à l'égard d'une infraction criminelle ou d'une infraction punissable par procédure sommaire qui n'a aucun rapport avec l'emploi actuel ou envisagé de la personne en question.

[98] Le plaignant, M. Sheikhzadeh-Mashgoul, a travaillé pour Delta, une municipalité en Colombie-Britannique, sur un projet de réfection d'une route à titre de représentant sur le chantier du cabinet d'ingénieurs-conseils (Omega and Associates Engineering Ltd.). L'intimé, M. Schrenk, a travaillé sur le même projet comme contremaître pour le principal entrepreneur (Clemas Contracting Ltd.). Ils ont travaillé ensemble sur le même chantier, mais n'avaient pas le même employeur. Les allégations de discrimination à l'endroit de M. Sheikhzadeh-Mashgoul concernaient des commentaires racistes et homophobes formulés par M. Schrenk sur le chantier. Le plaignant a avisé son employeur, Omega, qu'il était victime de harcèlement. Cette dernière a demandé à Clemas de renvoyer M. Schrenk du chantier, ce qu'elle a fait. Peu après, M. Schrenk a arrêté complètement de travailler sur ce projet. Il a tout de même continué à envoyer des courriels désobligeants au plaignant. Lorsque Clemas a été informé de l'existence de ces courriels, elle a congédié M. Schrenk.

[99] Le plaignant a présenté une plainte contre M. Schrenk, Delta et Clemas; toutefois, seule la plainte contre M. Schrenk est toujours pertinente. M. Schrenk a demandé le rejet de la plainte sans audience en application du par. 27(1) du Code, faisant valoir, notamment, qu'il n'y avait pas de relation d'emploi entre lui et le plaignant. Le British Columbia Human Rights Tribunal (« Tribunal ») a conclu que le champ d'application de l'art. 13 est large et ne se limite pas aux situations où il y a une relation semblable à une relation d'emploi, ce qui lui donnait compétence pour examiner la plainte : 2015 BCHRT 17. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Schrenk : 2015 BCSC 1342.

[100] The British Columbia Court of Appeal reversed these decisions: 2016 BCCA 146, 400 D.L.R. (4th) 44. It held that the Tribunal had no jurisdiction over the complaint because Mr. Schrenk and the complainant were not in an employment or employment-like relationship. Discrimination “regarding employment” under s. 13(1)(b) requires the wrongdoer against whom the claim is made to have power or authority over the complainant.

[101] I agree. This case turns entirely on the interpretation of s. 13(1)(b) of the Code. I conclude that the protection provided by that provision focuses on the employment relationship — a relationship between employer and employee or similar relationship. Section 13(1)(b) authorizes claims against those who are responsible for ensuring that workplaces are free of discrimination. This conclusion is consistent with the text, context and purpose of s. 13(1)(b), as well as with the jurisprudence.

## II. Analysis

[102] The question is whether the Tribunal’s interpretation of s. 13(1) of the Code was correct.

[103] To interpret a statutory provision like s. 13(1), the Court must consider the text or words of the provision; the legislative and social context of the provision; and the purpose of the provision: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27. Prior court decisions on the interpretation of the provision are always helpful. The ultimate goal is to determine what the legislature intended. Human rights legislation should be interpreted broadly in order to facilitate the public-oriented objectives of such statutes: *McCormick v. Fasken Martineau DuMoulin LLP*, 2014 SCC 39, [2014] 2 S.C.R. 108, at para. 17; *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604, at paras. 65-69. Nevertheless, the interpretation must still be rooted in the

[100] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a infirmé ces décisions : 2016 BCCA 146, 400 D.L.R. (4th) 44. Elle a conclu que le Tribunal n’avait pas compétence pour examiner la plainte, parce que M. Schrenk et le plaignant n’entretenaient pas de relation d’emploi ou une relation semblable. La discrimination [TRADUCTION] « relativement à [l’]emploi » (« *regarding employment* ») dont il est question à l’al. 13(1)(b) exige que l’auteur de la faute reprochée exerce un certain pouvoir ou contrôle sur le plaignant.

[101] Je souscris à cette opinion. La présente affaire repose entièrement sur l’interprétation de l’al. 13(1)(b) du Code. Je conclus que la protection qu’offre cette disposition vise principalement la relation d’emploi — une relation entre un employeur et un employé ou une relation semblable. L’alinéa 13(1)(b) permet que des plaintes soient portées contre les personnes responsables de faire en sorte que les milieux de travail sont exempts de discrimination. Cette conclusion est compatible avec le libellé, le contexte et l’objet de l’al. 13(1)(b), ainsi qu’avec la jurisprudence.

## II. Analyse

[102] La question est de savoir si le Tribunal a interprété correctement le par. 13(1) du Code.

[103] Pour interpréter une disposition législative comme le par. 13(1), la Cour doit examiner le texte ou les mots de la disposition, son contexte législatif et social, ainsi que son objet : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27. Il est toujours utile de consulter les décisions judiciaires antérieures portant sur l’interprétation de la disposition. L’objectif ultime est d’établir quelle était l’intention du législateur. Les lois sur les droits de la personne devraient recevoir une interprétation large afin de permettre la réalisation de leurs objectifs axés sur le public : *McCormick c. Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, 2014 CSC 39, [2014] 2 R.C.S. 108, par. 17; *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604,



words of the relevant provisions: *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at p. 371.

#### A. Text

[104] The text of s. 13(1)(b), read as a whole, supports the conclusion that the provision is intended to cover discrimination perpetrated by an employer or a person in an employer-like relationship with the complainant.

[105] Section 13(1)(b) protects against *discrimination by a person against another regarding employment*, on specified protected grounds. The words “regarding employment” and “person” are critical.

[106] Section 1 of the Code defines “employment” and “person”:

“**employment**” includes the relationship of master and servant, master and apprentice and principal and agent, if a substantial part of the agent’s services relate to the affairs of one principal, and “**employ**” has a corresponding meaning;

. . . .

“**person**” includes an employer, an employment agency, an employers’ organization, an occupational association and a trade union;

[107] The phrase in s. 13(1)(b) — discrimination “regarding employment or any term or condition of employment” — is at first blush broad enough to include any conduct relating to employment in the workplace. This said, it is worth noting that the word chosen is not “workplace” but “employment”. The former bears no connotation of a relationship between an employer and employee, but the latter does.

par. 65-69. Cependant, l’interprétation doit tout de même être fondée sur le libellé des dispositions pertinentes : *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, p. 371.

#### A. Libellé

[104] Globalement, le libellé de l’al. 13(1)(b) appuie la conclusion selon laquelle la disposition vise la discrimination perpétrée par un employeur ou une personne qui entretient une relation semblable à une relation d’emploi avec le plaignant.

[105] L’alinéa 13(1)(b) assure une protection contre la *discrimination par une personne envers une autre relativement à son emploi*, et qui est fondée sur les motifs protégés précisés. Les mots [TRADUCTION] « relativement à son emploi » et « personne » sont déterminants.

[106] L’article premier du Code définit comme suit les mots « emploi » et « personne » :

[TRADUCTION]

« **emploi** » s’entend notamment des relations commettant-préposé, maître-apprenti ou mandant-mandataire, si une partie substantielle des services du mandataire a trait aux affaires d’un seul mandant, et le mot « **employeur** » a un sens correspondant;

. . . .

« **personne** » s’entend notamment d’un employeur, d’un bureau de placement, d’une association d’employeurs, d’une association professionnelle et d’un syndicat;

[107] Le segment de phrase de l’al. 13(1)(b) — discrimination [TRADUCTION] « relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi » — est à première vue assez général pour comprendre toute conduite relative à l’emploi dans le milieu de travail. Cela dit, il convient de souligner que le mot choisi n’est pas « milieu de travail », mais « emploi »; le premier ne comporte aucune connotation quant à l’existence d’une relation employeur-employé, contrairement au second.

[108] Section 1 of the Code defines “employment” in terms of relationships: “employment” includes the relationship of master and servant, master and apprentice and principal and agent, if a substantial part of the agent’s services relate to the affairs of one principal . . .” Moreover, although the definition begins with the term “includes”, which suggests that what follows is not exhaustive, “employment” expressly *does not include* the relationship of a particular principal and agent if a *non*-substantial part of that agent’s services relate to the affairs of that principal. This suggests that there is something about the nature or extent of responsibility over work or the workplace that defines who can perpetrate discrimination “regarding employment” for the purpose of s. 13(1)(b).

[109] Reading the s. 1 definition of “employment” into the phrase “regarding employment” in s. 13(1)(b), we can rephrase it as follows: “regarding activity arising out of a relationship of master and servant, master and apprentice and principal and agent, if a substantial part of the agent’s services relate to the affairs of one principal”. The “employment” that is the subject of the protection accorded by s. 13(1)(b) is defined in terms of the relationship between the complainant and the employer, master or principal. This makes sense. Employers, masters, principals or their equivalents all have power and responsibility over the workplace in which the complainant finds himself. If the provincial Legislature had intended s. 13(1)(b) to allow claims against anyone at a workplace, it is difficult to understand why it went to the trouble of using the word “employment” instead of “workplace”, and then defining “employment” in terms of the relationship between employer and employee, master and apprentice or principal and agent, thereby confining it to situations where the employer or its equivalent has control or power over the employee, apprentice or agent. The separate inclusion of “regarding . . . any term or condition of employment” in s. 13(1)(b) suggests that the Legislature wanted to target both behaviour flowing out of the relationship between a person in authority and his or her employee generally, as well

[108] L’article premier du Code définit le mot [TRADUCTION] « emploi » sous l’angle des relations : « “emploi” s’entend notamment des relations commettant-préposé, maître-apprenti ou mandant-mandataire, si une partie substantielle des services du mandataire a trait aux affaires d’un seul mandant . . . » De plus, bien que la définition commence par le mot « *includes* » (« s’entend notamment »), ce qui suggère que la liste qui suit n’est pas exhaustive, elle prévoit expressément que l’« emploi » *ne comprend pas* la relation entre un mandant et un mandataire si *ce n’est pas* une partie substantielle des services de ce mandataire qui a trait aux affaires de ce mandant. Cela tend à indiquer que c’est la nature ou l’étendue de la responsabilité à l’égard du travail ou du milieu de travail qui détermine qui peut faire preuve de discrimination « relativement à [l’]emploi » pour l’application de l’al. 13(1)(b).

[109] En interprétant la définition du mot [TRADUCTION] « emploi » de l’article premier dans le contexte de l’expression « relativement à [l’]emploi » de l’al. 13(1)(b), nous pouvons la reformuler comme suit : « relativement à toute activité découlant d’une relation commettant-préposé, maître-apprenti ou mandant-mandataire, si une partie substantielle des services du mandataire a trait aux affaires d’un seul mandant ». L’« emploi » qui fait l’objet de la protection garantie par l’al. 13(1)(b) est défini sous l’angle de la relation entre le plaignant et l’employeur, le commettant, le maître ou le mandant. Cela est logique. Les employeurs, commettants, maîtres, mandants ou leurs équivalents exercent tous un certain pouvoir et ont des responsabilités à l’égard du milieu de travail dans lequel évolue le plaignant. Si le législateur provincial avait voulu que l’al. 13(1)(b) permette le dépôt de plaintes contre qui que soit dans un milieu de travail, il est difficile de comprendre pourquoi il aurait pris la peine d’utiliser le mot « emploi » plutôt que l’expression « milieu de travail » et de définir ensuite ce mot sous l’angle de la relation entre l’employeur et l’employé, le maître et l’apprenti, ou le mandant et le mandataire, en limitant ainsi la portée aux situations où l’employeur ou son équivalent exerce un contrôle ou un pouvoir sur l’employé, l’apprenti ou le mandataire. L’inclusion distincte de l’expression « relativement [ . . . ] aux modalités de

as specific discrimination in the agreement that establishes that relationship.

[110] It is argued that the use of the word “person” at the outset of s. 13(1) (“[a] person must not”) instead of “employer”, “master” or “principal” signals that the Legislature intended the provision to apply to circumstances beyond discrimination within the power of an employer, master or principal. However, if one accepts that the words controlling the ambit of the protection are “regarding employment” (i.e. regarding a matter arising out of a relationship of or like that of master-servant), this argument loses its force. The term “person” neither expands nor limits the ambit of the section.

[111] In summary, while the text or words of the provision are not entirely clear, read as a whole, they suggest that the Legislature was targeting discrimination committed directly or through inaction by an employer, master, principal or similar against an employee in the course of their relationship.

## B. Context

[112] A contextual reading of s. 13(1) supports the view that the Legislature was targeting discrimination arising out of an employer-employee or analogous relationship.

[113] In interpreting a statutory provision, one must look at the legislative context — that is, how the provision fits in and functions in the statutory scheme when considered together with other provisions: see R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3rd ed. 2016), at pp. 173-79. Each provision is presumed to have a role to play in the overall scheme. An interpretation of one provision that makes another redundant or that conflicts with other provisions or the overall terms of the statute strongly indicates that the

son emploi » à l'al. 13(1)(b) laisse entendre que le législateur voulait viser tant le comportement découlant de la relation entre une personne en situation d'autorité et son employé de façon générale que la discrimination précise dans l'entente qui crée cette relation.

[110] On soutient que l'utilisation du mot [TRANSDUCTION] « personne » au début du par. 13(1) (« [u]ne personne ne peut ») plutôt qu'« employeur », « commettant », « maître » ou « mandant » dénote le souhait du législateur que la disposition s'applique à des situations de discrimination allant au-delà du pouvoir de l'employeur, du commettant, du maître ou du mandant. Or, si l'on accepte que les mots contrôlant l'étendue de la protection sont « relativement à [l']emploi » (c.-à-d. relativement à une question découlant d'une relation de commettant-préposé ou d'une relation semblable), cet argument perd de sa force. Le mot « personne » n'a aucune incidence sur le champ d'application de la disposition.

[111] En résumé, même si le texte ou les mots de la disposition ne sont pas entièrement clairs, ils suggèrent globalement que le législateur voulait cibler la discrimination commise directement par un employeur, un commettant, un maître, un mandant ou l'équivalent contre un employé dans le cadre de leur relation, ou la discrimination causée par leur inaction.

## B. Contexte

[112] Une interprétation contextuelle du par. 13(1) étaye le point de vue selon lequel le législateur visait la discrimination découlant d'une relation employeur-employé ou d'une relation semblable.

[113] Lors de l'interprétation d'une disposition législative, il faut tenir compte du contexte législatif — c'est-à-dire de la façon dont la disposition s'intègre et fonctionne dans le régime législatif lorsqu'elle est prise en considération avec d'autres dispositions : voir R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3<sup>e</sup> éd. 2016), p. 173-179. Chaque disposition est présumée avoir un rôle à jouer au sein du régime général. L'interprétation d'une disposition qui rend une autre disposition redondante ou qui contredit

legislature intended that the provision be interpreted differently.

[114] The Code covers a number of kinds of discrimination, including discrimination by unions and associations (s. 14); discriminatory publication (s. 7); and discrimination in tenancy premises (s. 10).

[115] The first contextual consideration that presents itself is the separate protection against discrimination by unions and occupational associations in s. 14 of the Code. Discrimination by unions and associations is, by definition, linked to the complainant's work. If s. 13(1)(b) were interpreted so as to allow claims against anyone in the workplace, most of s. 14 would be redundant. Conversely, if s. 13(1)(b) is confined to claims between persons in an employer-employee or similar relationship, the need for s. 14 becomes apparent. It is possible, of course, that the Legislature intended partial or total redundancy, so it included unions in a separate section simply to highlight that particular issue and provide more detail, as it arguably did with wage discrimination in s. 12. However, it is equally, if not more, plausible to conclude that the Legislature did not consider discrimination by unions or similar groups to be covered by s. 13(1)(b), and went on to cover discrimination by those groups in s. 14.

[116] More broadly, the Code makes a clear distinction between private interactions between private individuals, which are generally not covered, and designated classes of relationships, which are covered. The scheme of the Code is to describe categories of general protections based on relationships and/or activities, and to exclude interactions between private individuals that might otherwise be caught. Thus, under s. 7 (discriminatory publication), no complaint can be brought on the basis of a discriminatory, though private, communication

d'autres dispositions ou la loi dans son ensemble indique fortement que le législateur voulait que cette disposition soit interprétée différemment.

[114] Le Code porte sur de nombreux types de discrimination, y compris la discrimination faite par les syndicats et les associations (art. 14), les publications discriminatoires (art. 7), et la discrimination dans la location de locaux (art. 10).

[115] Le premier élément contextuel dont il est question est la protection distincte prévue à l'art. 14 du Code contre la discrimination dont se rendent coupables les syndicats et les associations professionnelles. Ce type de discrimination est, par définition, lié au travail du plaignant. Si l'al. 13(1)(b) était interprété de façon à permettre que des plaintes soient faites contre qui que ce soit dans le milieu de travail, une grande partie de l'art. 14 serait redondante. Inversement, si l'al. 13(1)(b) se limite aux plaintes entre des personnes ayant une relation employeur-employé ou une relation semblable, il est évident que l'art. 14 est nécessaire. Évidemment, il est possible que le législateur ait voulu cette redondance, partielle ou totale, et qu'il ait inclus les syndicats dans une disposition distincte simplement pour mettre en évidence cette question précise et fournir plus de détails, comme il l'a fait dans une certaine mesure pour la discrimination salariale à l'art. 12. Cependant, il est tout aussi, sinon plus, plausible que le législateur n'ait pas eu l'intention d'inclure dans le champ d'application de l'al. 13(1)(b) la discrimination de la part de syndicats ou de groupes semblables, et qu'il a ensuite décidé de l'inclure à l'art. 14.

[116] De façon plus générale, le Code distingue nettement les interactions privées entre des particuliers, qui ne sont généralement pas visées, et les catégories désignées de relations, qui sont visées. Le régime du Code consiste à décrire les catégories de protections générales fondées sur des relations ou des activités, et à exclure les interactions entre les particuliers qui, autrement, seraient visées. En conséquence, conformément à l'art. 7 (publications discriminatoires), aucune plainte ne peut être portée en raison d'une communication discriminatoire,

between individuals (s. 7(2)). And under s. 10 (discrimination in tenancy premises), no complaint can be brought with respect to discriminatory conduct by someone choosing roommates (s. 10(2)(a)). Leaving s. 13 aside, the remaining provisions address circumstances where such exceptions are not needed because they are irrelevant: ss. 8 and 9 describe commercial transactions, s. 11 describes communications that are public by nature (job postings), s. 12 describes decisions that can only be taken by employers (wage discrimination), and as noted, s. 14 addresses unions and occupational associations. The scheme of the Code thus suggests that, where a particular species of discrimination could be read to encompass private interactions between private individuals, the drafter chose to include limiting language so as to clearly indicate that the private sphere falls outside the scope of the Code.

[117] From this we can infer a general legislative policy that ss. 7 to 14 of the Code were intended to apply to discrimination arising out of certain classes of relationships or, in the case of ss. 7 and 11 specifically, discriminatory public communications. They were not intended to govern private acts of discrimination between individuals in a general sense — they were intended to address only the specific interactions they describe. This supports the view that s. 13(1)(b) was never intended as a provision that would enable claims against an individual on the basis of all of his or her workplace interactions, unless those interactions have some bearing on employment (defined as a relationship) rather than simply on work, writ large. In provisions where the prohibition initially appears broad enough to catch private communications or interactions between private citizens more generally (e.g. ss. 7 and 10), specific exclusions are set out. No such exclusions are present in s. 13(1)(b), simply because it was not intended to cover such broad claims.

mais privée, entre particuliers (par. 7(2)). De plus, conformément à l'art. 10 (discrimination dans la location de locaux), aucune plainte ne peut être portée à l'égard de la conduite discriminatoire d'une personne dans son choix de colocataire (al. 10(2)(a)). Outre l'art. 13, les dispositions de la loi portent sur des situations où de telles exceptions ne sont pas nécessaires parce qu'elles ne sont pas pertinentes : les art. 8 et 9 décrivent des transactions commerciales; l'art. 11 décrit des communications publiques par nature (affichage d'emplois); l'art. 12 décrit des décisions qui ne peuvent être prises que par un employeur (discrimination salariale). Enfin, comme je l'ai déjà mentionné, l'art. 14 vise les syndicats et les associations professionnelles. Le régime du Code suggère donc que, lorsqu'un type précis de discrimination pourrait être interprété comme englobant des interactions privées entre particuliers, le rédacteur a choisi des termes restrictifs pour indiquer clairement que la sphère privée échappe au champ d'application du Code.

[117] Nous pouvons donc en déduire que le législateur était guidé par la politique législative générale selon laquelle les art. 7 à 14 du Code devaient s'appliquer à la discrimination découlant de certaines catégories de relations ou, dans le cas des art. 7 et 11 spécifiquement, de communications publiques discriminatoires. Ils n'étaient pas censés régir des actes privés de discrimination entre particuliers de façon générale — ils étaient censés traiter uniquement des interactions spécifiques qu'ils décrivent. Cette politique étaye la position suivant laquelle l'al. 13(1)(b) ne se voulait pas une disposition qui permet le dépôt de plaintes fondées sur l'ensemble des interactions d'une personne en milieu de travail, sauf si de telles interactions ont une incidence sur l'emploi (défini comme une relation) plutôt que simplement sur le travail, en termes larges. Dans les dispositions où l'interdiction peut sembler à première vue assez vaste pour englober des communications ou des interactions privées entre particuliers plus généralement (p. ex. les art. 7 et 10), des exclusions précises sont prévues. Il n'y a pas de telles exclusions à l'al. 13(1)(b), tout simplement parce que cette disposition ne devait pas s'appliquer à des plaintes aussi larges.

[118] The scheme of the Code also supports the view that the Legislature was concerned with power imbalances. The target of many of the sections is someone who controls access to a service (s. 8), accommodation (ss. 8 and 10), property and tenancy (ss. 9 and 10), fair wages (s. 12), or membership in an association (s. 14). Rather than targeting all acts of discrimination, the Legislature — when not specifically addressing the harm of discriminatory public communications — narrowed its focus to discrimination by those in a position of power over more vulnerable people. All of these examples reflect different contexts in which discrimination can arise; this is why they are enumerated in the Code. However, the Legislature went further to indicate the types of relationships or communications that are of particular concern in these contexts. These, therefore, inform the nature of claims under the Code.

[119] Another difficulty is that, if s. 13(1)(b) enables a claim against Mr. Schrenk on the basis of the emails he sent after he was removed from the project and workplace, it is not clear how that provision and s. 7(2) can be reconciled. When does a communication between individuals who no longer work together become private?

[120] Section 44(2) of the Code, which provides that “[a]n act or thing done or omitted by an employee . . . of any person within the scope of his or her authority is deemed to be an act or thing done or omitted by that person”, confirms the Legislature’s intent to target discrimination arising from the employment or equivalent relationship. It makes employers and their equivalents respondents in workplace discrimination claims. This is both consistent with the reading of s. 13(1)(b) I propose and with the Court’s decisions in *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at pp. 91-96, and *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252, at pp. 1292-94, which, with

[118] Le régime du Code appuie également la thèse selon laquelle le législateur voulait viser les inégalités de pouvoir. Les personnes visées par un grand nombre d’articles sont celles qui contrôlent l’accès à un service (art. 8), à un logement (art. 8 et 10), à une propriété ou un immeuble locatif (art. 9 et 10), à un salaire équitable (art. 12) ou à l’appartenance à une association (art. 14). Plutôt que de viser tous les actes de discrimination, le législateur — lorsqu’il ne traite pas spécifiquement du tort découlant de communications publiques discriminatoires — s’est concentré sur la discrimination exercée par des personnes qui sont en position de pouvoir par rapport à des individus plus vulnérables. Tous ces exemples sont le reflet de différents contextes qui peuvent ouvrir la voie à de la discrimination; c’est pourquoi ils sont énumérés dans le Code. Cela dit, le législateur est allé plus loin en indiquant quels types de relations ou de communications sont particulièrement préoccupants dans ces contextes. Ceux-ci donnent donc davantage de précisions quant à la nature des recours qui peuvent être intentés en application du Code.

[119] Une autre difficulté réside dans le fait que, si l’al. 13(1)(b) permettait le dépôt d’une plainte contre M. Schrenk en raison des courriels qu’il a envoyés après son renvoi du projet et du milieu de travail, la façon dont cette disposition et le par. 7(2) pourraient être conciliés n’est pas claire. À quel moment une communication entre des personnes qui ne travaillent plus ensemble devient-elle privée?

[120] Le paragraphe 44(2) du Code, qui prévoit que [TRADUCTION] « [I]es actes ou choses faites ou omises par un employé [. . .] d’une personne dans l’exercice de ses pouvoirs sont réputés être des actes ou choses faites ou omises par cette personne », confirme l’intention du législateur de cibler la discrimination découlant d’une relation d’emploi ou d’une relation équivalente. Il fait en sorte que les employeurs et leurs équivalents sont défendeurs dans les plaintes relatives à la discrimination en milieu de travail. Cela est compatible avec l’interprétation de l’al. 13(1)(b) que je propose et avec les décisions de la Cour dans *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, p. 91-96, et *Janzen*

respect, focus solely on the ambit of the *employer's* responsibility for the conduct of employees toward others in the workplace. Section 44(2) suggests that concerns about workplace control, systemic remediation, and ultimate responsibility animate such claims.

[121] It is argued that the interpretation of s. 13(1)(b) should be informed by the general backdrop of workplace harassment, which can come not only from employers, but from many sources. While this may be true, the question at issue is whether we can infer that the Legislature intended the provision to capture all claims against any person who engages in workplace discrimination — whether predicated on the existence of a relationship of power imbalance or not. A contextual reading of the scheme and provisions of the Code suggests the latter was not the Legislature's intention.

### C. Purpose

[122] Section 3(a) of the Code offers an expansive objective — “to foster a society in British Columbia in which there are no impediments to full and free participation in the economic, social, political and cultural life of British Columbia”. Paragraph (b) is also broad — “to promote a climate of understanding and mutual respect where all are equal in dignity and rights”. However, the remaining three objectives, which focus on discrimination, inequality and redress, are expressly confined to measures found in the Code. The purpose of the Code, accurately described, is to contribute to the long-term goals set out in paras. (a) and (b) via the specific tools the Code provides for combatting discrimination and inequality.

[123] My reading of s. 13(1)(b) is consistent with this objective. Section 13(1)(b) may be read as targeting workplace discrimination that arises out of the employer-employee relationship or its

*c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, p. 1292-1294, qui, soit dit en tout respect, mettent uniquement l'accent sur l'étendue de la responsabilité de l'*employeur* à l'égard de la conduite des employés envers les autres dans le milieu de travail. Le paragraphe 44(2) suggère que des considérations relatives au contrôle sur le milieu de travail, à la réparation systémique et à la responsabilité ultime sous-tendent de telles plaintes.

[121] On fait valoir que l'interprétation de l'al. 13(1)(b) devrait être fondée sur le contexte général du harcèlement en milieu de travail, qui peut provenir non seulement des employeurs, mais aussi de nombreuses autres sources. Bien que cela puisse être vrai, la question en litige est de savoir si nous pouvons inférer que le législateur voulait que cette disposition vise toutes les plaintes contre quiconque fait preuve de discrimination en milieu de travail — que celle-ci repose sur l'existence d'une relation d'inégalité de pouvoir ou non. L'interprétation contextuelle du régime et des dispositions du Code laisse entendre que l'intention du législateur ne visait pas ce dernier type de relations.

### C. Objet

[122] L'alinéa 3(a) du Code énonce un objectif ambitieux : [TRADUCTION] « . . . favoriser l'existence en Colombie-Britannique d'une société dépourvue d'obstacle à la participation pleine et libre à la vie économique, sociale, politique et culturelle de cette province ». L'alinéa (b) a aussi un sens large : « . . . favoriser un climat de compréhension et de respect mutuel où tous ont la même dignité et les mêmes droits ». Cependant, les trois autres objectifs — qui sont axés sur la discrimination, l'inégalité et les recours — sont expressément limités aux mesures qui se trouvent dans le Code. Ainsi, l'objet du Code, décrit correctement, est de contribuer aux objectifs à long terme énoncés aux al. 3(a) et (b) au moyen des outils spécifiques qu'il offre pour combattre la discrimination et l'inégalité.

[123] Mon interprétation de l'al. 13(1)(b) est compatible avec cet objectif. Cette disposition peut être interprétée de telle sorte qu'elle vise la discrimination en milieu de travail qui découle d'une relation

équivalents. It is meant to cover *all* forms of workplace discrimination to which a worker is susceptible. However, it trains its regulatory guns on those responsible for intervening and halting the events in question. Where those responsible for guaranteeing discrimination-free workplaces fail to intervene to prevent or correct discrimination, s. 13(1)(b) is engaged. Since there will always be an entity in any work context that is responsible for ensuring that workers enjoy a discrimination-free environment, this reading of s. 13(1)(b) does not thwart the purpose of the Code.

[124] It is argued that this interpretation of s. 13(1)(b) will leave victims of discrimination by their co-workers without a remedy — a result that would be inconsistent with the broad remedial purpose of statutes like the Code. This is not the case. Interpreting s. 13(1)(b) as confined to employer-employee and equivalent relationships may preclude claims under the Code against harassing co-workers. But it does not preclude complaints against the entities responsible for ensuring that the workplace is free of discrimination, like a common employer or other individuals or organizations that bear responsibility for the workplace in question.

[125] An employee for whom leaving work is not an option is not a captive audience for a co-worker's harassment. Her remedy is not to confront her co-worker, but to go to the employer or person responsible for providing a discrimination-free workplace. If the employer fails to remedy the discrimination, the employee can bring a claim against the employer without fear of reprisal (Code, s. 43). Where the employer fails to take appropriate steps to correct the discrimination, the Tribunal may determine that the employer's conduct itself constitutes discrimination, giving the employee access to the full range of remedies provided by the Code.

employeur-employé ou ses équivalents. Elle vise à englober *toutes* les formes de discrimination en milieu de travail que pourrait subir un travailleur. Cependant, elle s'attaque aux personnes responsables d'intervenir lors des incidents en question et d'y mettre fin. Si les personnes responsables de garantir que les milieux de travail sont exempts de discrimination faillissent à la tâche d'intervenir pour prévenir la discrimination ou y remédier, l'al. 13(1)(b) s'applique. Puisqu'il y aura toujours une entité dans tout contexte de travail qui est responsable de faire en sorte que les travailleurs jouissent d'un milieu exempt de discrimination, cette interprétation de l'al. 13(1)(b) ne contrecarre pas l'objet du Code.

[124] On fait valoir que cette interprétation de l'al. 13(1)(b) laisserait certaines victimes de discrimination de la part de leurs collègues sans recours — un résultat qui serait contraire au vaste objectif réparateur de lois comme le Code. Ce n'est pas le cas. Certes, limiter l'interprétation de l'al. 13(1)(b) aux relations employeur-employé et aux relations équivalentes pourrait empêcher le dépôt de plaintes en vertu du Code contre des collègues qui seraient harceleurs. Cela, par contre, ne ferait pas obstacle au dépôt de plaintes contre les entités responsables de faire en sorte que le milieu de travail est exempt de discrimination, comme un employeur commun ou encore des individus ou organisations autres responsables du milieu de travail en cause.

[125] Une employée qui ne peut pas quitter son travail n'est pas captive du harcèlement que lui fait subir un collègue. Son recours n'est pas de confronter ce dernier, mais plutôt de s'adresser à l'employeur ou à la personne responsable de s'assurer que le milieu de travail est exempt de discrimination. Si l'employeur ne fait pas cesser le comportement discriminatoire, l'employée peut intenter un recours contre lui sans crainte de représailles : Code, art. 43. Lorsque l'employeur ne prend pas les mesures appropriées pour mettre fin à la discrimination, le Tribunal peut décider que la conduite de l'employeur elle-même constitue de la discrimination, donnant ainsi à l'employée accès à l'éventail complet des recours prévus au Code.



[126] It is argued that harassment by or to a passer-by on work premises should be covered by s. 13(1)(b). The answer is that the Code does cover this harassment. If discrimination to a worker occurs and the person responsible for protecting that worker (e.g. the employer) fails to protect the worker, s. 13(1)(b) is engaged. This would also apply to a customer harassing an employee, such as a patron harassing a server at a restaurant. Employers have a duty to intervene, and if they do not, they may be held responsible under s. 13(1)(b). If it is the customer who is harassed, she has recourse under different provisions of the Code: ss. 8(1), 9 and 10(1).

[127] It is also argued in this case that an employment-based conception of s. 13(1)(b) provides Mr. Sheikhzadeh-Mashgoul with no remedy against Mr. Schrenk directly in response to the emails Mr. Schrenk sent after they no longer worked together. However, this result flows from the explicit exclusion from protection of those who receive discriminatory private communications under s. 7(2) of the Code. If a discriminatory email is broadcast publicly, s. 7(1) would be engaged, but if the email remains private, the Code is clear: it provides no remedy. To read s. 13(1)(b) to include such emails when they were private would be to ignore the express language of the Code.

[128] Finally, it is suggested that confining s. 13(1)(b) to employment and employment-like relationships absolves discriminators from direct responsibility for their conduct. This does not mean, however, that discrimination will be allowed to flourish. Instead of casting its net indiscriminately to allow claims against any individual who commits a discriminatory act or utters a discriminatory word at a workplace, the Legislature chose to focus on those responsible for maintaining a discrimination-free workplace. Far from undermining the Code's purpose, this choice upholds it.

[126] On fait valoir que le harcèlement dont se rend coupable un passant sur le lieu de travail ou subi par celui-ci devrait être visé par l'al. 13(1)(b). Or, le Code vise déjà ce type de harcèlement. Si un travailleur subit de la discrimination et que la personne chargée de le protéger (p. ex. l'employeur) omet de s'acquitter de cette obligation, l'al. 13(1)(b) entre en jeu. Il en serait de même quant au client qui harcèle un employé, comme un client qui harcèle le serveur d'un restaurant. L'employeur a l'obligation d'intervenir et, s'il ne le fait pas, il peut être tenu responsable aux termes de l'al. 13(1)(b). Si c'est le client qui subit du harcèlement, il peut se prévaloir des recours prévus aux par. 8(1) et 10(1) et à l'art. 9 du Code.

[127] On soutient aussi en l'espèce qu'une conception de l'al. 13(1)(b) fondée sur l'emploi n'offre à M. Sheikhzadeh-Mashgoul aucun recours contre M. Schrenk directement en réponse aux courriels qu'il lui a envoyés une fois qu'ils ne travaillaient plus ensemble. Cette conclusion résulte toutefois de l'exclusion expresse de la protection prévue au par. 7(2) du Code des personnes qui reçoivent des communications privées discriminatoires. Si le courriel discriminatoire est diffusé publiquement, le par. 7(1) s'applique. Toutefois, s'il demeure privé, le Code est clair : il ne prévoit aucun recours. Interpréter l'al. 13(1)(b) de telle sorte qu'il vise de tels courriels alors qu'ils sont privés reviendrait à faire fi du libellé exprès du Code.

[128] Finalement, on suggère que limiter l'al. 13(1)(b) aux relations d'emploi et aux relations semblables dégage les auteurs de discrimination de toute responsabilité directe à l'égard de leur conduite. Cela ne signifie pas pour autant que la discrimination aura libre cours. Plutôt que de permettre sans distinction toutes les plaintes contre quiconque commet un acte de discrimination ou tient des propos discriminatoires dans un milieu de travail, le législateur a choisi de se concentrer sur les personnes responsables d'assurer que le milieu de travail est exempt de discrimination. Loin de miner l'objet du Code, ce choix le confirme.

#### D. *Jurisprudential Consistency*

[129] An interpretation of s. 13(1)(b) predicated on the responsibilities of employers and their equivalents is consistent with the jurisprudence.

[130] First, the broad interpretation proposed by my colleagues would narrow this Court's decision in *McCormick*, which confirmed that the nature of the relationship between complainant and respondent is dispositive of whether s. 13(1)(b) applies. If all that is required to link a complainant to a respondent under s. 13(1)(b) is a common work environment or a "sufficient nexus with the employment context" (Justice Rowe's reasons, at para. 67), it would be unnecessary to consider the relationship between parties, as *McCormick* instructs. Second, it is difficult to see how someone in a co-worker position like Mr. Schrenk could ever claim a *bona fide* occupational requirement as a justification for his conduct, as explained in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, which provides the governing framework for assessing workplace discrimination claims. On the interpretation I propose, these difficulties do not arise.

#### III. Conclusion

[131] For these reasons, I conclude that s. 13(1)(b) is limited to claims arising out of employment or equivalent relationships. I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, McLACHLIN C.J. and CÔTÉ and BROWN JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: British Columbia Human Rights Tribunal, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Association of Labour Lawyers: CaleyWray, Toronto.*

#### D. *Conformité à la jurisprudence*

[129] L'interprétation de l'al. 13(1)(b) reposant sur les responsabilités de l'employeur et ses équivalents est conforme à la jurisprudence.

[130] Premièrement, l'interprétation large proposée par mes collègues restreindrait la décision de la Cour dans *McCormick*, où elle a confirmé que la nature de la relation entre le plaignant et le défendeur est décisive pour juger de l'application ou non de l'al. 13(1)(b). Si seul un environnement de travail commun ou un « lien suffisant avec le contexte d'emploi » (motifs du juge Rowe, par. 67) est nécessaire pour établir le lien entre le plaignant et le défendeur aux termes de l'al. 13(1)(b), il serait superflu de tenir compte de la relation entre les parties comme *McCormick* prescrit de le faire. Deuxièmement, il est difficile de voir comment une personne dans une position de collègue, comme M. Schrenk, pourrait justifier sa conduite par une norme professionnelle justifiée, tel que l'explique l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, qui énonce le cadre d'analyse servant à évaluer les plaintes de discrimination en milieu de travail. Selon l'interprétation que je préconise, ces difficultés ne se posent pas.

#### III. Conclusion

[131] Pour ces motifs, je conclus que le champ d'application de l'al. 13(1)(b) se limite aux plaintes découlant d'une relation d'emploi ou d'une relation équivalente. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, la juge en chef McLACHLIN et les juges CÔTÉ et BROWN sont dissidents.*

*Procureur de l'appelant : British Columbia Human Rights Tribunal, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats du mouvement syndical : CaleyWray, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Construction Association: Torys, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Community Legal Assistance Society: Moore Edgar Lyster, Vancouver; Community Legal Assistance Society, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the West Coast Women's Legal Education and Action Fund: Clea F. Parfitt, lawyer, Vancouver; West Coast LEAF, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Retail Action Network: Underhill, Boies Parker, Gage & Latimer, Vancouver; BC Public Interest Advocacy Centre, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the Alberta Federation of Labour and the International Association of Machinists and Aerospace Workers Local Lodge 99: Chivers Carpenter, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Ontario Human Rights Commission, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the African Canadian Legal Clinic: Faisal Mirza Professional Corporation, Mississauga; African Canadian Legal Clinic, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne de la construction : Torys, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Community Legal Assistance Society : Moore Edgar Lyster, Vancouver; Community Legal Assistance Society, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant West Coast Women's Legal Education and Action Fund : Clea F. Parfitt, lawyer, Vancouver; West Coast LEAF, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant Retail Action Network : Underhill, Boies Parker, Gage & Latimer, Vancouver; BC Public Interest Advocacy Centre, Vancouver.*

*Procureurs des intervenantes Alberta Federation of Labour et International Association of Machinists and Aerospace Workers Local Lodge 99 : Chivers Carpenter, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne : Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Bureau d'Aide Juridique Afro-Canadien : Faisal Mirza Professional Corporation, Mississauga; Bureau d'Aide Juridique Afro-Canadien, Toronto.*

**Deloitte & Touche (now continued as Deloitte LLP)** *Appellant*

v.

**Livent Inc., through its special receiver and manager Roman Droniuk** *Respondent*

and

**Canadian Coalition for Good Governance and Chartered Professional Accountants of Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: DELOITTE & TOUCHE v. LIVENT INC. (RECEIVER OF)**

**2017 SCC 63**

File No.: 36875.

2017: February 15; 2017: December 20.

Present: McLachlin C.J. and Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Torts — Duty of care — Negligence — Negligent misrepresentation — Auditor failing to discover fraud by company's directors and company incurring losses — Proper application of analytical framework for establishing tort liability in cases of negligent misrepresentation or performance of service by auditor — Whether auditor breaching duty of care and therefore liable for company's losses — Appropriate date from which to calculate quantum of damages.*

Livent produced and staged performances in theatres that it owned in Canada and the U.S., with its shares listed on Canadian and U.S. stock exchanges. To enhance Livent's success, its directors manipulated the company's financial records. Deloitte was Livent's auditor. Deloitte never uncovered the fraud. In August 1997, however, Deloitte identified irregularities in the reporting of profit from an asset sale. Deloitte did not resign. Instead, for the purpose of helping Livent to solicit investment, Deloitte helped prepare, and approved, a press release issued in

**Deloitte & Touche (prorogée depuis sous le nom de Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l.)** *Appelante*

c.

**Livent Inc., par son séquestre et administrateur spécial Roman Droniuk** *Intimée*

et

**Coalition canadienne pour une bonne gouvernance et Comptables professionnels agréés du Canada** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : DELOITTE & TOUCHE c. LIVENT INC. (SÉQUESTRE DE)**

**2017 CSC 63**

N° du greffe : 36875.

2017 : 15 février; 2017 : 20 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Responsabilité délictuelle — Obligation de diligence — Négligence — Déclaration inexacte faite par négligence — Défaut du vérificateur de découvrir la fraude des administrateurs d'une société et pertes subies par la société — Application correcte du cadre d'analyse permettant d'établir la responsabilité délictuelle dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente d'un service par un vérificateur — Le vérificateur a-t-il manqué à l'obligation de diligence et est-il en conséquence responsable des pertes de la société? — Date à compter de laquelle il convient de calculer le montant des dommages-intérêts.*

Livent a produit et présenté des spectacles dans les théâtres qu'elle possédait au Canada et aux États-Unis, et ses actions étaient cotées à la bourse dans ces deux pays. Afin d'accroître le succès de Livent, ses administrateurs ont manipulé les documents financiers de l'entreprise. Deloitte était le vérificateur de Livent; elle n'a jamais découvert la fraude. En août 1997 cependant, Deloitte a découvert des irrégularités dans la comptabilisation des profits de la vente d'un actif. Deloitte n'a pas démissionné. Afin d'aider Livent à solliciter des

September 1997, which misrepresented the basis for the reporting of the profit. In October 1997, Deloitte provided a comfort letter for a public offering. It also prepared Livent's 1997 audit, which it finalized in April 1998. New equity investors later discovered the fraud. A subsequent investigation and re-audit resulted in restated financial reports. Livent filed for insolvency protection in November 1998. It sold its assets and went into receivership in 1999. Livent sued Deloitte later in tort and contract.

The trial judge held that Deloitte owed a duty of care to provide accurate information to Livent's shareholders. He held that Deloitte failed to meet the standard of care under this duty, either when it failed to discover the fraud and act on that discovery in August 1997, or when it signed off on Livent's 1997 financial statements in April 1998. The trial judge held that the measure of damages was the difference between Livent's value on the date on which Deloitte should have resigned and Livent's value at the time of insolvency. He reduced this by 25 percent to account for contingencies or trading losses, which he held were too remote to make Deloitte liable. The trial judge consequently awarded damages to Livent for breach of its duty of care, and alternatively for breach of contract, in the amount of \$84,750,000. The Court of Appeal upheld the trial judge's award and dismissed Deloitte's appeal and Livent's cross-appeal.

*Held* (McLachlin C.J. and Wagner and Côté JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part.

*Per* Karakatsanis, Gascon, Brown and Rowe JJ.: The general framework set out in *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), and later refined in *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, applies in cases of pure economic loss arising from an auditor's negligent misrepresentation or performance of a service. Comprising two stages, the *Anns/Cooper* framework asks whether a *prima facie* duty of care exists between the parties, and if so, whether there are any residual policy considerations that may negate the imposition of a duty of care. At the first stage, a *prima facie* duty

investissements, Deloitte l'a plutôt aidée à préparer, et elle a approuvé, un communiqué de presse publié en septembre 1997 qui présentait de façon inexacte la comptabilisation des profits. En octobre 1997, Deloitte a fourni une lettre de confort pour un appel public à l'épargne. Elle a également préparé le rapport du vérificateur pour l'exercice 1997 de Livent, rapport qu'elle a finalisé en avril 1998. De nouveaux investisseurs ont plus tard découvert la fraude. Une enquête et une nouvelle vérification ultérieures ont donné lieu à des états financiers modifiés. En novembre 1998, Livent a demandé la protection contre l'insolvabilité. Elle a vendu ses éléments d'actif et a été mise sous séquestre en 1999. Livent a plus tard poursuivi Deloitte en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle.

Le juge de première instance a conclu que Deloitte avait une obligation de diligence pour fournir des renseignements exacts aux actionnaires de Livent. Il a conclu que Deloitte n'avait pas respecté la norme de diligence applicable en vertu de cette obligation, soit en août 1997, lorsqu'elle n'a pas découvert la fraude et n'a pas pris les mesures que cette découverte rendait nécessaires, ou en avril 1998, lorsqu'elle a approuvé les états financiers de 1997 de Livent. Le juge de première instance a conclu que le montant des dommages-intérêts équivalait à l'écart entre la valeur de Livent à la date à laquelle Deloitte aurait dû démissionner et la valeur de Livent au moment de la faillite. Il a retranché 25 pour 100 de ce montant pour tenir compte des imprévus ou des pertes commerciales qui, selon lui, étaient trop éloignées pour que Deloitte puisse en être tenue responsable. En conséquence, le juge de première instance a accordé à Livent des dommages-intérêts s'élevant à 84 750 000 dollars pour manquement à son obligation de diligence ou, autrement, pour violation de contrat. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance et a rejeté l'appel de Deloitte et l'appel incident de Livent.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Wagner et Côté sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie.

*Les juges* Karakatsanis, Gascon, Brown et Rowe : Le cadre général d'analyse établi dans l'arrêt *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), et précisé plus tard dans *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, s'applique dans le cas d'une perte purement économique découlant d'une déclaration inexacte faite par négligence ou de la prestation négligente d'un service par un vérificateur. Le cadre d'analyse à deux volets des arrêts *Anns* et *Cooper* pose les questions de savoir s'il existe une obligation de diligence *prima facie* entre les parties, et si, dans l'affirmative, des

of care is recognized where proximity and reasonable foreseeability of injury are established. When assessing proximity, if a relationship falls within a previously established category, or is analogous to one, then the requisite close and direct relationship is shown. If a risk of reasonably foreseeable injury can also be shown, the first stage of the *Anns/Cooper* framework is complete and a duty of care may be identified. In such circumstances, the second stage of the framework will seldom be engaged because any residual policy considerations will have already been taken into account when the proximate relationship was first identified.

Where an established proximate relationship cannot be found, courts must undertake a full proximity analysis. To determine whether the close and direct relationship exists, courts must examine all relevant factors arising from the relationship. In cases of pure economic loss arising from negligent misrepresentation or performance of a service, two factors are determinative in the proximity analysis: the defendant's undertaking and the plaintiff's reliance. Where the defendant undertakes to provide a representation or service in circumstances that invite the plaintiff's reasonable reliance, the defendant becomes obligated to take reasonable care and the plaintiff has a right to rely on the defendant's undertaking. These corollary rights and obligations create a relationship of proximity. Any reliance on the part of the plaintiff, which falls outside of the scope of the defendant's undertaking, necessarily falls outside the scope of the proximate relationship and, therefore, of the defendant's duty of care. This properly limits liability on the basis that the defendant cannot be liable for a risk of injury against which he did not undertake to protect.

As for assessing reasonable foreseeability in the *prima facie* duty of care analysis, this entails asking whether an injury to the plaintiff was a reasonably foreseeable consequence of the defendant's negligence. Reasonable foreseeability concerns the likelihood of injury arising from the defendant's negligence. In cases of negligent misrepresentation or performance of a service, the proximate relationship informs the foreseeability inquiry. The

considérations de politique résiduelles sont susceptibles d'écarter l'imposition d'une obligation de diligence. Au premier volet de l'analyse, il existe une obligation de diligence *prima facie* lorsque le lien de proximité et la prévisibilité raisonnable d'un préjudice sont établis. Au moment de l'examen du lien de proximité, si un rapport relève d'une catégorie déjà établie, ou s'il s'agit d'un rapport analogue, l'existence du lien étroit et direct requis est établie. S'il est également possible d'établir l'existence d'un risque de préjudice raisonnablement prévisible, il est satisfait au premier volet du cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* et il est possible d'affirmer l'existence d'une obligation de diligence. Dans de telles circonstances, le deuxième volet du cadre d'analyse entrera rarement en jeu parce que les considérations de politique résiduelles auront déjà été prises en compte lorsque l'existence du lien de proximité a été reconnue.

Lorsqu'ils ne peuvent conclure à l'existence d'un lien de proximité établi, les tribunaux doivent procéder à une analyse exhaustive à cet égard. Pour déterminer si le lien étroit et direct existe, les tribunaux doivent examiner tous les facteurs pertinents découlant du lien existant entre le demandeur et le défendeur. Dans le cas d'une perte purement économique attribuable à une déclaration inexacte faite par négligence ou à la prestation négligente d'un service, deux facteurs jouent un rôle déterminant dans l'analyse du lien de proximité : l'engagement pris par le défendeur et le fait pour le demandeur de s'y fier. Lorsqu'il s'engage à fournir une déclaration ou un service dans des circonstances qui invitent à la confiance raisonnable du demandeur, le défendeur est tenu d'agir avec diligence raisonnable, et le demandeur a le droit de se fier à l'engagement pris par le défendeur. Ce sont ces droits et ces obligations corollaires qui créent un lien de proximité. Toute décision de la part du demandeur de se fier à l'engagement qui excède la portée de la responsabilité assumée par le défendeur excède nécessairement le cadre du lien de proximité et, par conséquent, celui de l'obligation de diligence qui incombe au défendeur. Ce principe a pour effet de restreindre à juste titre la responsabilité au motif que le défendeur ne saurait être tenu responsable d'un risque de préjudice contre lequel il ne s'est pas engagé à protéger le demandeur.

L'examen de la prévisibilité raisonnable dans le cadre de l'analyse relative à l'obligation de diligence *prima facie* consiste à se demander si le préjudice subi par le demandeur constituait une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence du défendeur. La prévisibilité raisonnable s'attache à la probabilité de préjudice découlant de la négligence du défendeur. Dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation

purpose underlying the undertaking and the corresponding reliance limits the type of injury that could be reasonably foreseen to result from the defendant's negligence. An injury to the plaintiff will be reasonably foreseeable if the defendant should have reasonably foreseen that the plaintiff would rely on his or her representation and such reliance would, in the particular circumstances of the case, be reasonable. Both the reasonableness and the reasonable foreseeability of the plaintiff's reliance will be determined by the relationship of proximity between the parties.

At the second stage of the *Anns/Cooper* framework, the question is whether there are residual policy considerations outside the relationship of the parties that may negate the imposition of a duty of care. This stage is not concerned with the relationship between the parties, but with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally. Factors to be considered include whether the law already provides a remedy, the spectre of unlimited liability to an unlimited class and whether there are other reasons of broad policy that suggest that the duty of care should not be recognized. The place within the *Anns/Cooper* framework of this policy inquiry is significant. It follows the proximity and foreseeability inquiries. The policy inquiry assesses whether, despite the proximate relationship between the parties and the reasonably foreseeable quality of the plaintiff's injury, the defendant should nonetheless be insulated from liability. That it would limit liability in the face of findings of both proximity and reasonable foreseeability makes plain how narrowly it should be relied upon.

No proximate relationship has previously been established as between an auditor and its client for the purposes of soliciting investment. This case therefore requires a full proximity analysis. From August to October 1997, the services which Deloitte provided to Livent — particularly its ongoing assistance in relation to the press release and the provision of the comfort letter — were undertaken for the purpose of helping Livent to solicit investment. Given this undertaking, Livent was entitled to rely upon Deloitte to carry out these services with reasonable care. It follows that a relationship of proximity arose but only in respect of the content of Deloitte's undertaking. Losses outside the scope of this undertaking

négligente d'un service, le lien de proximité sert à guider l'analyse de la prévisibilité. L'objet qui sous-tend l'engagement et le fait de se fier à cet engagement restreint le type de préjudice dont on pourrait raisonnablement prévoir qu'il découlera de la négligence du défendeur. Le préjudice du demandeur sera raisonnablement prévisible si le défendeur aurait dû raisonnablement prévoir que le demandeur se fierait à sa déclaration, et si cette confiance serait raisonnable dans les circonstances particulières de l'affaire. Tant le caractère raisonnable que la prévisibilité raisonnable de cette confiance du demandeur seront déterminés en fonction du lien de proximité entre les parties.

Au deuxième volet du cadre d'analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper*, il s'agit de déterminer si des considérations de politique résiduelles étrangères au lien existant entre les parties sont susceptibles d'écarter l'imposition d'une obligation de diligence. À cette étape, l'analyse ne porte pas sur le lien existant entre les parties mais sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général. Les facteurs à prendre en compte incluent les questions de savoir si la loi prévoit déjà une réparation, s'il faut craindre le risque de créer une responsabilité illimitée pour un nombre illimité de personnes et si d'autres raisons de politique générale indiquent que l'obligation de diligence ne devrait pas être reconnue. La place qu'occupe l'examen des considérations de politique dans le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* est importante. Cet examen fait suite à ceux du lien de proximité et de la prévisibilité, et il vise à déterminer si, malgré le lien de proximité qui unit les parties et le caractère raisonnablement prévisible du préjudice subi par le demandeur, le défendeur devrait tout de même être exonéré de responsabilité. La possibilité de limiter la responsabilité en dépit de la reconnaissance du lien de proximité et de la prévisibilité raisonnable démontre clairement à quel point il convient d'y recourir avec circonspection.

Aucun lien de proximité n'a déjà été établi entre un vérificateur et son client à des fins de sollicitation de fonds d'investissement. Il faut donc en l'espèce procéder à une analyse exhaustive du lien de proximité. D'août à octobre 1997, les services que Deloitte a fournis à Livent — notamment une assistance constante concernant le communiqué de presse et la fourniture de la lettre de confort — avaient pour objet d'aider Livent à solliciter des investissements. Compte tenu de cet engagement, il était permis à Livent de s'attendre à ce que Deloitte agisse avec diligence raisonnable dans la prestation de ces services. Partant, il existait un lien de proximité, mais seulement quant au contenu de l'engagement pris par Deloitte. Les

are not recoverable from Deloitte. With respect to the press release and the comfort letter, Deloitte never undertook to assist Livent's shareholders in overseeing management; it cannot therefore be held liable for failing to take reasonable care to assist such oversight. Given that Livent had no right to rely on Deloitte's representations for a purpose other than that for which Deloitte undertook to act, Livent's reliance was neither reasonable nor reasonably foreseeable. Consequently, the increase in Livent's losses or liquidation deficit, which arose from that reliance, was not a reasonably foreseeable injury. Because no *prima facie* duty of care arose, there is no need to consider residual policy considerations.

However, the Court has already recognized that a duty is owed by an auditor in preparing a statutory audit and that a claim by a corporation for losses resulting from a negligent statutory audit could succeed. A statutory audit is prepared to allow shareholders to collectively supervise management and to take decisions with respect to the overall administration of the corporation. This describes precisely the function which Livent's shareholders were unable to discharge by reason of Deloitte's negligent 1997 audit. Deloitte did not alter the purpose for which it undertook to provide the 1997 audit or disclaim liability in relation to that purpose. Therefore, proximity is established in relation to the statutory audit, on the basis of the previously recognized proximate relationship. In addition, the type of injury Livent suffered was a reasonably foreseeable consequence of Deloitte's negligence. Through the 1997 audit, Deloitte undertook to assist Livent's shareholders in scrutinizing management conduct. By negligently conducting the audit, and impairing Livent's shareholders' ability to oversee management, Deloitte exposed Livent to reasonably foreseeable risks, including losses that would have been avoided with a proper audit. Because proximity is based on a previously recognized category, there is no need to consider residual policy considerations. Deloitte owed Livent a duty of care, which it breached. Deloitte cannot rely on either the defence of illegality or of contributory fault, because the fraudulent acts of Livent's directors cannot be attributed to the corporation.

perles qui échappent à la portée de cet engagement ne sont pas susceptibles d'indemnisation par Deloitte. Relativement au communiqué de presse et à la lettre de confort, Deloitte ne s'est jamais engagée à aider les actionnaires de Livent à surveiller la gestion. Elle ne saurait donc être tenue responsable pour avoir omis de faire preuve de diligence raisonnable afin de faciliter cette surveillance. Puisque Livent n'avait aucun droit de se fier aux déclarations de Deloitte à une fin autre que celle visée par l'engagement de cette dernière, la confiance de Livent n'était ni raisonnable ni raisonnablement prévisible. En conséquence, l'augmentation de la perte ou du déficit de liquidation de Livent découlant de cette confiance ne constituait pas un préjudice raisonnablement prévisible. En l'absence d'une obligation de diligence *prima facie*, point n'est besoin d'examiner les considérations de politique résiduelles.

Cependant, la Cour a déjà reconnu qu'un vérificateur qui procède à une vérification exigée par la loi est tenu à une obligation, et qu'une action intentée par une société relativement à des pertes découlant d'une vérification exigée par la loi entachée de négligence pourrait être accueillie. Une vérification exigée par la loi a pour objet de permettre aux actionnaires collectivement de superviser la gestion et de prendre des décisions relativement à l'administration globale de la société. Il s'agit exactement là de la tâche dont les actionnaires de Livent n'ont pas été en mesure de s'acquitter à cause de la préparation négligente, par Deloitte, de son rapport du vérificateur pour l'exercice 1997. Deloitte n'a pas modifié le but dans lequel elle s'est engagée à produire le rapport de 1997, ni ne s'est déchargée de toute responsabilité à l'égard de ce but. En conséquence, l'existence d'un lien de proximité est établie quant à la vérification exigée par la loi, compte tenu du rapport de proximité déjà reconnu. De plus, le type de préjudice subi par Livent était une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence de Deloitte. Par le rapport de 1997, Deloitte s'est engagée à aider les actionnaires de Livent à examiner en détail la conduite de la gestion. En effectuant cette vérification avec négligence, et en restreignant la capacité des actionnaires de Livent à surveiller la gestion, Deloitte a exposé Livent à des risques raisonnablement prévisibles, notamment à des pertes qu'une vérification adéquate aurait permis d'éviter. Puisque le lien de proximité relève d'une catégorie déjà reconnue, point n'est besoin d'examiner les considérations de politique résiduelles. Deloitte avait une obligation de diligence envers Livent et elle a manqué à cette obligation. Deloitte ne peut se fonder sur aucun des moyens de défense que sont l'illégalité et la faute contributoire parce que les actes frauduleux des administrateurs de Livent ne peuvent être attribués à l'entreprise.



Remoteness is not a bar to Livent's recovery. Remoteness examines whether the harm is too unrelated to the wrongful conduct to hold the defendant fairly liable. It overlaps conceptually with the reasonable foreseeability analysis but the duty of care analysis is concerned with the type of injury that is reasonably foreseeable as flowing from the defendant's conduct, whereas the remoteness analysis is concerned with the actual injury suffered by the plaintiff. However, the loss here — stemming from Deloitte's failure to fulfill the specific undertaking it made to Livent in relation to the 1997 audit — was reasonably foreseeable.

The trial judge assessed Livent's damages following the 1997 audit at \$53.9 million. Applying the trial judge's 25 percent contingency reduction to this amount results in a final damages assessment of \$40,425,000. This is the amount for which Deloitte is liable. At trial, Livent conceded that its losses for negligent performance of a service or breach of contract would be identical. Therefore, the same quantum of liability applies for Deloitte's concurrent claim in breach of contract.

*Per McLachlin C.J. and Wagner and Côté JJ. (dissenting in part):* Deloitte owed a duty of care to Livent, which it breached when it failed to discover and expose Livent's fraud in the audited statements. However, Deloitte is not liable for the loss that befell Livent. The claim in tort must be dismissed. The result is the same with respect to Livent's action in contract.

Courts have provided two doctrinal approaches for limiting recovery of pure economic loss flowing from negligent misstatement. The first is to hold that the scope of the duty of care of the advice-giver does not cover the loss claimed. The second is to hold that the loss is too remote from the negligent act and thus was not legally caused by that act. Both inquiries invoke similar considerations and arrive at the same point. The remoteness inquiry looks at the wrongdoing and its proximity to the loss claimed. The factors to be considered are not closed. The advice-giver's knowledge of the claimant's circumstances, the reasonable expectations arising from the relationship, and the presence of intervening factors that led to the loss may figure in the analysis. The scope of the duty of care inquiry looks to the relationship between the defendant's advice and the plaintiff's loss. It asks if that

L'éloignement n'est pas un obstacle à l'indemnisation de Livent. L'éloignement appelle à se demander si le préjudice a trop peu de lien avec l'acte fautif pour que le défendeur puisse raisonnablement être tenu responsable. Il recoupe en théorie l'analyse de la prévisibilité raisonnable, mais l'analyse relative à l'obligation de diligence s'intéresse au type de préjudice qu'il est raisonnable de prévoir qu'il découlera de la conduite du défendeur, alors que l'analyse relative à l'éloignement s'attache au préjudice réel subi par le demandeur. Toutefois, la perte en l'espèce — qui découle du défaut de Deloitte de respecter l'engagement précis qu'elle avait pris envers Livent relativement au rapport de 1997 — était raisonnablement prévisible.

Le juge de première instance a évalué à 53,9 millions de dollars les dommages subis par Livent après le rapport de 1997. Si l'on applique à cette somme la réduction pour éventualités de 25 pour 100 ordonnée par le juge de première instance, on obtient la somme de 40 425 000 dollars. C'est là la somme dont Deloitte est responsable. Au procès, Livent a reconnu que ses pertes attribuables à la prestation négligente d'un service ou à la violation de contrat seraient identiques. Une responsabilité dans la même mesure est donc appliquée à Deloitte pour la demande concurrente fondée sur la violation de contrat.

*La juge en chef McLachlin et les juges Wagner et Côté (dissidents en partie) :* Deloitte avait une obligation de diligence envers Livent, obligation à laquelle elle a manqué lorsqu'elle n'a pas détecté et dénoncé la fraude commise par Livent dans les états financiers vérifiés. Cependant, Deloitte n'est pas responsable des pertes qu'a subies Livent. L'action en responsabilité délictuelle doit être rejetée. L'action en responsabilité contractuelle de Livent aboutit au même résultat.

Les tribunaux ont fourni deux approches théoriques pour limiter les pertes purement économiques indemnifiables à la suite d'une déclaration inexacte faite par négligence. Selon la première, l'étendue de l'obligation de diligence de la personne qui donne le conseil ne couvre pas la perte alléguée. Selon la deuxième, la perte est trop éloignée de l'acte négligent et n'a donc pas été causée, en droit, par cet acte. Dans les deux cas, l'analyse suscite des considérations semblables et arrive au même point. L'analyse relative au caractère éloigné porte sur l'acte fautif et sa proximité à la perte alléguée. La liste des facteurs devant être pris en considération n'est pas exhaustive. La connaissance de la situation du demandeur par la personne donnant le conseil, les attentes raisonnables découlant de la relation et la présence de facteurs intermédiaires ayant mené à la perte sont des facteurs qui

relationship was proximate. In cases of economic loss, it inquires into the purpose for which the advice was given and asks whether a reasonable person would have expected, or foreseen, that negligent advice would lead to the loss in question by virtue of the plaintiff's reliance on the advice.

The duty of care inquiry leads to the two-part test set out in *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.). The first part of the test asks whether there is proximity, or a sufficiently close relationship, between the parties. It focuses on the connection between the defendant's undertaking or statement and the loss claimed. The purpose for which the statement was made is pivotal, and is a matter of fact to be determined on the evidence adduced at trial.

In this case, three purposes of Livent's audit statements are discernable: (1) to report accurately on Livent's finances and provide it with audit opinions on which it could rely for the purpose of attracting investment; (2) to uncover errors or wrongdoing for the purpose of enabling Livent itself to correct or otherwise respond to the misfeasance; and (3) to provide audit reports on which Livent's shareholders could rely to supervise Livent's management. The scope of Deloitte's duty of care is defined solely by these purposes.

Deloitte's wrongful act did not deprive Livent of the ability to attract investment capital. In fact, Livent attracted a great deal of capital on the strength of Deloitte's statements. Likewise, Deloitte's wrongful act did not prevent Livent from detecting misfeasance in the company's management, which Livent would have corrected had it known. Finally, Livent did not prove that Deloitte's wrongdoing prevented its shareholders from exercising supervision in a manner that would have ended the company's loss-creating activities at an earlier date. The trial judge did not find that Livent's shareholders relied on Deloitte's negligent audit statements, or that had they received and relied on accurate statements, they would have acted in a way that would have prevented Livent from carrying on business and diminishing its assets in the period between the issuance of the relevant statements and Livent's insolvency. Crucially, the trial judge did not ask whether the shareholders had in fact relied on the audits and he did not ask whether, if they had relied, this reliance prevented them from taking steps to alter course. Finally,

peuvent être pris en compte dans l'analyse. L'analyse relative à l'étendue de l'obligation de diligence porte sur la corrélation entre le conseil du défendeur et la perte du demandeur. Il faut se demander si cette corrélation était immédiate. Dans les cas de perte économique, elle vise la fin pour laquelle le conseil a été donné, et il faut se demander si une personne raisonnable aurait pu prévoir que le conseil donné par négligence aurait causé la perte en question en raison du fait que le demandeur s'y soit fié.

L'analyse de l'obligation de diligence mène au critère en deux étapes énoncé dans l'arrêt *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.). La première étape du critère consiste à déterminer s'il y a proximité, ou une relation suffisamment étroite, entre les parties. Elle est axée sur le lien entre l'engagement ou la déclaration du défendeur et la perte alléguée. La fin pour laquelle la déclaration a été faite joue un rôle capital, et c'est une question de faits qu'il faut trancher en fonction de la preuve présentée au procès.

En l'espèce, on peut discerner trois fins auxquelles devaient servir les états financiers vérifiés par Livent : (1) présenter un état exact de la situation financière de Livent et lui fournir des opinions du vérificateur qu'elle pourra utiliser pour attirer des investissements; (2) découvrir des erreurs ou des actes fautifs afin de permettre à Livent de corriger elle-même cette faute ou de prendre des mesures à cet égard; et (3) fournir des rapports de vérification qui serviraient à la surveillance de la gestion de Livent par les actionnaires. Ces fins seulement définissent l'étendue de l'obligation de diligence de Deloitte.

L'acte fautif de Deloitte n'a pas empêché Livent d'attirer des capitaux d'investissement. En fait, Livent a attiré beaucoup de capitaux grâce aux déclarations de Deloitte. De même, l'acte fautif de Deloitte n'a pas empêché Livent de déceler dans la gestion de l'entreprise la faute que Livent aurait corrigée si elle en avait été informée. Enfin, Livent n'a pas prouvé que l'acte fautif de Deloitte a empêché ses actionnaires d'exercer leur surveillance d'une façon qui aurait mis fin plus tôt aux activités causant des pertes à l'entreprise. Le juge de première instance n'a pas conclu que les actionnaires de Livent se sont fiés aux états financiers vérifiés de façon négligente par Deloitte, ou que, s'ils avaient reçu des états financiers exacts et s'y étaient fiés, ils auraient agi d'une façon qui aurait empêché Livent de poursuivre ses activités et de diminuer ses actifs au cours de la période entre la production des états financiers en cause et l'insolvabilité de Livent. Essentiellement, le juge de première instance ne s'est pas demandé si les actionnaires s'étaient effectivement fiés aux états financiers vérifiés, et il ne s'est

he did not ask whether these actions, had they been taken, would have prevented the losses that Livent built up during the seven-month period in question. If the trial judge had asked these questions, he would have been obliged to answer them in the negative, since Livent offered no proof to support affirmative answers. As a result, the factual basis for establishing loss on the basis of shareholder supervision was entirely lacking.

The majority suggests that, had Deloitte provided sound audit reports, Livent's shareholders and management may have made decisions that would have limited the company's losses. While this may be true, it is not enough to rely on unproven assertions to define the scope of the duty of care and to subsequently demonstrate causation. The majority's approach suggests that an auditor will generally become the underwriter for any losses suffered by a client following a negligent audit report. This, notwithstanding subsequent decisions — reliant or capricious — made by the client's shareholders. However, reliance cannot be presumed; it must be proved.

Because the loss at issue has not been shown to fall within the scope of Deloitte's duty of care, the first step of the *Anns* test is not established. It is therefore unnecessary to go on to ask whether *prima facie* liability is negated by policy considerations unrelated to the relationship between the parties. However, were it necessary to do so, the policy considerations of unfair allocation of loss and indeterminacy would preclude imposing liability on Deloitte.

### Cases Cited

By Gascon and Brown JJ.

**Applied:** *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; **distinguished:** *South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd.*, [1997] A.C. 191; *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662; *Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche*, 2004 BCSC 55, 41 C.C.L.T. (3d) 240; **explained:** *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; **referred to:** *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Canadian*

pas demandé si, dans le cas où les actionnaires s'étaient fiés à ces états financiers, cette confiance les avait empêchés de prendre des mesures pour changer les choses. Finalement, il ne s'est pas demandé si ces mesures, si elles avaient été prises, auraient empêché les pertes que Livent a accumulées pendant la période de sept mois en question. Si le juge de première instance avait posé ces questions, il aurait été tenu d'y répondre par la négative, puisque Livent n'a présenté aucune preuve à l'appui de réponses affirmatives. En conséquence, aucun fondement factuel n'établissait une perte attribuable au manque de surveillance des actionnaires.

Selon les juges majoritaires, si Deloitte avait présenté des rapports de vérification justes, les actionnaires et les dirigeants de Livent auraient pu prendre des décisions qui auraient limité les pertes de l'entreprise. C'est peut-être le cas, mais il ne suffit pas que l'on se fie à des affirmations non prouvées pour définir l'étendue de l'obligation de diligence et démontrer par la suite la causalité. L'approche des juges majoritaires laisse croire qu'à la suite d'un rapport entaché de négligence, un vérificateur deviendra généralement garant de toutes les pertes subies par un client. Et cela malgré les décisions subséquentes — conséquentes ou fantaisistes — prises par les actionnaires du client. Toutefois, ce caractère conséquent ne peut être présumé; il doit être prouvé.

Puisqu'il n'a pas été démontré que les pertes en question sont visées par l'obligation de diligence de Deloitte, la première étape du critère énoncé dans *Anns* n'a pas été franchie. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si des considérations de politique générale non liées à la relation entre les parties annihilent la responsabilité *prima facie*. Cependant, s'il était nécessaire de le faire, les considérations de politique générale que sont l'attribution inéquitable de la perte et l'indétermination empêcheraient que Deloitte soit tenue responsable.

### Jurisprudence

Citée par les juges Gascon et Brown

**Arrêt appliqué :** *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; **distinction d'avec les arrêts :** *South Australia Asset Management Corp. c. York Montague Ltd.*, [1997] A.C. 191; *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662; *Hart Building Supplies Ltd. c. Deloitte & Touche*, 2004 BCSC 55, 41 C.C.L.T. (3d) 240; **arrêts expliqués :** *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; **arrêts mentionnés :** *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint*

*National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Kamloops (City) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Fullowka v. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132; *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Caparo Industries plc. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *Glanzer v. Shepard*, 135 N.E. 275 (1922); *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175; *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206; *Gross v. Great-West Life Assurance Co.*, 2002 ABCA 37, 299 A.R. 142; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388; *Hughes-Holland v. BPE Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029; *Nykredit Mortgage Bank plc. v. Edward Erdman Group Ltd. (No. 2)*, [1997] 1 W.L.R. 1627; *Platform Home Loans Ltd. v. Oyston Shipways Ltd.*, [2000] 2 A.C. 190; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3 S.C.R. 3; *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159; *British Columbia v. Zastowny*, 2008 SCC 4, [2008] 1 S.C.R. 27; *Stone & Rolls Ltd. (in liquidation) v. Moore Stephens*, [2009] UKHL 39, [2009] 1 A.C. 1391; *373409 Alberta Ltd. (Receiver of) v. Bank of Montreal*, 2002 SCC 81, [2002] 4 S.C.R. 312; *Bilta (U.K.) Ltd. (in liquidation) v. Nazir (No. 2)*, [2015] UKSC 23, [2016] A.C. 1.

By McLachlin C.J. (dissenting in part)

*Caparo Industries plc. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12; *South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd.*, [1996] 3 All E.R. 365; *Hughes-Holland v. BPE Solicitors*, [2017] UKSC

*John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Kamloops (Ville) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Fullowka c. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132; *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Caparo Industries plc. c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *Glanzer c. Shepard*, 135 N.E. 275 (1922); *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Yuen Kun Yeu c. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175; *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206; *Gross c. Great-West Life Assurance Co.*, 2002 ABCA 37, 299 A.R. 142; *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388; *Hughes-Holland c. BPE Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029; *Nykredit Mortgage Bank plc. c. Edward Erdman Group Ltd. (No. 2)*, [1997] 1 W.L.R. 1627; *Platform Home Loans Ltd. c. Oyston Shipways Ltd.*, [2000] 2 A.C. 190; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3; *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159; *Colombie-Britannique c. Zastowny*, 2008 CSC 4, [2008] 1 R.C.S. 27; *Stone & Rolls Ltd. (in liquidation) c. Moore Stephens*, [2009] UKHL 39, [2009] 1 A.C. 1391; *373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal*, 2002 CSC 81, [2002] 4 R.C.S. 312; *Bilta (U.K.) Ltd. (in liquidation) c. Nazir (No. 2)*, [2015] UKSC 23, [2016] A.C. 1.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente en partie)

*Caparo Industries plc. c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12; *South Australia Asset Management Corp. c. York Montague Ltd.*, [1996] 3 All E.R. 365; *Hughes-Holland c. BPE*

21, [2017] 2 W.L.R. 1029; *Hogarth v. Rocky Mountain Slate Inc.*, 2013 ABCA 57, 542 A.R. 289; *Wightman v. Widdrington (Succession)*, 2013 QCCA 1187; *Platform Home Loans Ltd. v. Oyston Shipways Ltd.*, [1999] 1 All E.R. 833; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; *Citadel General Assurance Co. v. Vytlingam*, 2007 SCC 46, [2007] 3 S.C.R. 373; *Westmount (City) v. Rossy*, 2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136; *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388; *Candler v. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426; *Burns v. Homer Street Development Limited Partnership*, 2016 BCCA 371, 91 B.C.L.R. (5th) 383; *Aneco Reinsurance Underwriting Ltd. (in liquidation) v. Johnson & Higgins Ltd.*, [2001] UKHL 51, [2001] 2 All E.R. (Comm.) 929; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Deloitte & Touche*, 2016 ONCA 922, 133 O.R. (3d) 561; *Temseel Holdings Ltd. v. Beaumonts Chartered Accountants*, [2002] EWHC 2642 (Comm.), [2003] P.N.L.R. 27; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633.

### Statutes and Regulations Cited

*Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16, Part XII, ss. 153, 154.  
*Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36.  
*Corporations Act*, R.S.M. 1987, c. C225.  
*Negligence Act*, R.S.O. 1990, c. N.1, s. 3.

### Authors Cited

Beever, Allan. *Rediscovering the Law of Negligence*. Oxford: Hart, 2007.  
*Black's Law Dictionary*, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, "indeterminate".  
Blom, Joost. "Do We Really Need the *Anns* Test for Duty of Care in Negligence?" (2016), 53 *Alta. L. Rev.* 895.  
Hohfeld, Wesley Newcomb. "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" (1913), 23 *Yale L.J.* 16.  
Jutras, Daniel. "Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?" (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 295.  
Klar, Lewis N., and Cameron S. G. Jefferies. *Tort Law*, 6th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2017.

*Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029; *Hogarth c. Rocky Mountain Slate Inc.*, 2013 ABCA 57, 542 A.R. 289; *Wightman c. Widdrington (Succession)*, 2013 QCCA 1187, [2013] R.J.Q. 1054; *Platform Home Loans Ltd. c. Oyston Shipways Ltd.*, [1999] 1 All E.R. 833; *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; *Citadelle, Cie d'assurances générales c. Vytlingam*, 2007 CSC 46, [2007] 3 R.C.S. 373; *Westmount (Ville) c. Rossy*, 2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136; *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388; *Candler c. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426; *Burns c. Homer Street Development Limited Partnership*, 2016 BCCA 371, 91 B.C.L.R. (5th) 383; *Aneco Reinsurance Underwriting Ltd. (in liquidation) c. Johnson & Higgins Ltd.*, [2001] UKHL 51, [2001] 2 All E.R. (Comm.) 929; *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Deloitte & Touche*, 2016 ONCA 922, 133 O.R. (3d) 561; *Temseel Holdings Ltd. c. Beaumonts Chartered Accountants*, [2002] EWHC 2642 (Comm.), [2003] P.N.L.R. 27; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633.

### Lois et règlements cités

*Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1990, c. N.1, art. 3.  
*Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36.  
*Loi sur les corporations*, L.R.M. 1987, c. C225.  
*Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, c. B.16, partie XII, art. 153, 154.

### Doctrine et autres documents cités

Beever, Allan. *Rediscovering the Law of Negligence*, Oxford, Hart, 2007.  
*Black's Law Dictionary*, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, « indeterminate ».  
Blom, Joost. « Do We Really Need the *Anns* Test for Duty of Care in Negligence? » (2016), 53 *Alta. L. Rev.* 895.  
Hohfeld, Wesley Newcomb. « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning » (1913), 23 *Yale L.J.* 16.  
Jutras, Daniel. « Civil Law and Pure Economic Loss : What Are We Missing? » (1987), 12 *Rev. can. dr. comm.* 295.  
Klar, Lewis N., and Cameron S. G. Jefferies. *Tort Law*, 6th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2017.

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2006.

MacPherson, Darcy L. “Emaciating the Statutory Audit — A Comment on *Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche*” (2005), 41 *Can. Bus. L.J.* 471.

Tushnet, Mark V. “Defending the Indeterminacy Thesis”, in Brian Bix, ed., *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1998, 223.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed. Toronto: Canada Law Book, 2012.

Weinrib, Ernest J. “The Disintegration of Duty” (2006), 31 *Adv. Q.* 212.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Strathy C.J. and Blair and Lauwers JJ.A.), 2016 ONCA 11, 128 O.R. (3d) 225, 393 D.L.R. (4th) 1, 342 O.A.C. 201, 52 B.L.R. (5th) 225, 31 C.B.R. (6th) 205, 24 C.C.L.T. (4th) 177, [2016] O.J. No. 51 (QL), 2016 CarswellOnt 122 (WL Can.), affirming a decision of Gans J., 2014 ONSC 2176, 11 C.B.R. (6th) 12, 10 C.C.L.T. (4th) 182, 26 B.L.R. (5th) 15, [2014] O.J. No. 1635 (QL), 2014 CarswellOnt 4365 (WL Can.). Appeal allowed in part, McLachlin C.J. and Wagner and Côté JJ. dissenting in part.

*Peter H. Griffin, Matthew Fleming, Scott Rollwagen and Nina Bombier, for the appellant.*

*Peter F. C. Howard, Patrick O’Kelly, Nicholas McHaffie and Aaron Kreaden, for the respondent.*

*Markus Koehnen, David Kent and Jeffrey Levine, for the intervener the Canadian Coalition for Good Governance.*

*Guy J. Pratte, Nadia Effendi and Duncan A. W. Ault, for the intervener Chartered Professional Accountants of Canada.*

The judgment of Karakatsanis, Gascon, Brown and Rowe JJ. was delivered by

GASCON AND BROWN JJ. —

## I. Introduction

[1] This appeal provides the Court with an opportunity to affirm the analytical framework by which

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2006.

MacPherson, Darcy L. « Emaciating the Statutory Audit — A Comment on *Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche* » (2005), 41 *Rev. can. dr. comm.* 471.

Tushnet, Mark V. « Defending the Indeterminacy Thesis », in Brian Bix, ed., *Analyzing Law : New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 223.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed., Toronto, Canada Law Book, 2012.

Weinrib, Ernest J. « The Disintegration of Duty » (2006), 31 *Adv. Q.* 212.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (le juge en chef Strathy et les juges Blair et Lauwers), 2016 ONCA 11, 128 O.R. (3d) 225, 393 D.L.R. (4th) 1, 342 O.A.C. 201, 52 B.L.R. (5th) 225, 31 C.B.R. (6th) 205, 24 C.C.L.T. (4th) 177, [2016] O.J. No. 51 (QL), 2016 CarswellOnt 122 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Gans, 2014 ONSC 2176, 11 C.B.R. (6th) 12, 10 C.C.L.T. (4th) 182, 26 B.L.R. (5th) 15, [2014] O.J. No. 1635 (QL), 2014 CarswellOnt 4365 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie, la juge en chef McLachlin et les juges Wagner et Côté sont dissidents en partie.

*Peter H. Griffin, Matthew Fleming, Scott Rollwagen et Nina Bombier, pour l’appelante.*

*Peter F. C. Howard, Patrick O’Kelly, Nicholas McHaffie et Aaron Kreaden, pour l’intimée.*

*Markus Koehnen, David Kent et Jeffrey Levine, pour l’intervenante la Coalition canadienne pour une bonne gouvernance.*

*Guy J. Pratte, Nadia Effendi et Duncan A. W. Ault, pour l’intervenante Comptables professionnels agréés du Canada.*

Version française du jugement des juges Karakatsanis, Gascon, Brown et Rowe rendu par

LES JUGES GASCON ET BROWN —

## I. Introduction

[1] Le présent pourvoi donne à la Cour l’occasion de confirmer le cadre analytique qui permet

liability may be imposed in cases of negligent misrepresentation or performance of a service by an auditor.

[2] There is substantial agreement between us and the Chief Justice. We agree on the general analytical framework governing negligent misrepresentation claims (Chief Justice’s reasons, at paras. 146-47). And we agree that Deloitte & Touche (now Deloitte LLP) should not be liable for its corporate client Livent Inc.’s increase in liquidation deficit which followed Deloitte’s provision of negligent services in relation to the solicitation of investment.

[3] We conclude, however, that Deloitte should be liable for the increase in Livent’s liquidation deficit which followed the statutory audit. In *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, this Court recognized that a statutory audit is prepared to allow shareholders to collectively “supervise management and to take decisions with respect to matters concerning the proper overall administration of the corporatio[n]” which permits “the shareholders, acting as a group, to safeguard the interests of the corporatio[n]” (para. 56 (emphasis deleted)). This describes precisely the function which Livent’s shareholders were unable to discharge by reason of Deloitte’s negligence. As a consequence, Livent’s corporate life was artificially prolonged, resulting in the interim deterioration of its finances. There was a sufficient evidentiary basis for liability based on impaired shareholder supervision. Application of the *Anns/Cooper* framework, coupled with the basis for auditor liability specifically identified by this Court in *Hercules*, would lead us to uphold the trial judge’s finding of liability in relation to the negligently prepared statutory audit.

[4] As a result, we would allow the appeal from the decision of the Ontario Court of Appeal, 2016 ONCA 11, 128 O.R. (3d) 225, but only in part.

d’imposer une responsabilité en cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente d’un service par un vérificateur.

[2] Nous sommes d’accord pour l’essentiel avec la Juge en chef. Nous souscrivons au cadre d’analyse général qui régit les demandes relatives à des déclarations inexactes faites par négligence (motifs de la Juge en chef, par. 146-147). Et nous sommes d’accord pour dire que Deloitte & Touche (maintenant Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l.) ne devrait pas être tenue responsable de l’augmentation du déficit de liquidation de sa société cliente, Livent Inc., qui a suivi la prestation négligente, par Deloitte, de services relatifs à la sollicitation de fonds d’investissement.

[3] Cependant, nous concluons que Deloitte devrait être tenue responsable de l’augmentation du déficit de liquidation de Livent qui a suivi la vérification exigée par la loi. Dans l’arrêt *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, notre Cour a reconnu qu’une vérification exigée par la loi a pour objet de permettre aux actionnaires collectivement « de superviser la gestion et de prendre des décisions relativement à la bonne administration globale [de la société] » ce qui permet « aux actionnaires, en tant que groupe, de protéger les intérêts [de la société] » (par. 56 (soulignement omis)). Il s’agit exactement là de la tâche dont les actionnaires de Livent n’ont pas été en mesure de s’acquitter à cause de la négligence de Deloitte. En conséquence, l’existence de Livent en tant qu’entreprise a été artificiellement prolongée, de sorte que sa situation financière s’est entre-temps détériorée. Des éléments de preuve suffisants permettaient de conclure à la responsabilité de Deloitte du fait que la surveillance par les actionnaires était compromise. L’application du cadre d’analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper*, conjuguée au fondement de la responsabilité du vérificateur que notre Cour a expressément reconnu dans *Hercules*, nous amène à confirmer la conclusion de responsabilité tirée par le juge de première instance du fait de la préparation négligente du rapport du vérificateur exigé par la loi.

[4] En conséquence, nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi à l’encontre de la décision de la Cour d’appel de l’Ontario, 2016 ONCA 11, 128 O.R. (3d) 225, mais en partie seulement.

## II. Facts and Judicial History

[5] We generally agree with the facts and judicial history set out by the Chief Justice in her reasons. In particular, she correctly identifies the trial judge's core finding that Deloitte's conduct fell below the standard of care on two occasions: "... either when it failed to discover the fraud and act on that discovery in August 1997, or when it signed off on Livent's 1997 financial statements in April 1998" (Chief Justice's reasons, at para. 127; trial reasons, 2014 ONSC 2176, 10 C.C.L.T. (4th) 182, at paras. 241-42). We, like the Chief Justice, do not dispute these core findings. Some further elaboration upon them is, however, helpful.

[6] The trial judge's findings of negligence can be divided into two separate events: (1) Deloitte's approval of a 1997 press release ("Press Release") and provision of a comfort letter ("Comfort Letter"); and (2) Deloitte's preparation and approval of the 1997 clean audit opinion ("1997 Audit"). We would not label all of these documents "audit statements". Indeed, collapsing the distinctions between these documents obfuscates a proper duty of care analysis.

[7] Livent asserts that it detrimentally relied on Deloitte in each of these events, which impaired its ability to oversee its operations. Specifically, Livent says that, had Deloitte been prudent in relation to these representations, Livent's life would not have been artificially extended and that, in turn, it would have suffered less corporate loss (calculated as the increase in the deficit between its liabilities and assets at the time of its liquidation): trial reasons, at paras. 23-25, citing Livent's amended statement of claim, at paras. 210 and 212. A detailed recounting of the events pertaining to these two representations is, therefore, critical to the negligence analysis in this case.

## II. Faits et historique judiciaire

[5] Nous souscrivons de manière générale aux faits et à l'historique des procédures judiciaires exposés par la Juge en chef dans ses motifs. En particulier, elle dégage bien la conclusion principale tirée par le juge de première instance, selon qui Deloitte n'a pas respecté la norme de diligence requise, et ce, à deux occasions : [TRADUCTION] « . . . soit en août 1997, lorsqu'elle n'a pas découvert la fraude et n'a pas pris les mesures que cette découverte rendait nécessaires, ou en avril 1998, lorsqu'elle a approuvé les états financiers de 1997 de Livent » (motifs de la Juge en chef, par. 127; motifs de première instance, 2014 ONSC 2176, 10 C.C.L.T. (4th) 182, par. 241-242). Tout comme la Juge en chef, nous ne contestons pas ces conclusions. Nous estimons toutefois utile de donner quelques précisions à cet égard.

[6] Les conclusions de négligence formulées par le juge de première instance peuvent être classées en fonction de deux événements distincts : (1) l'approbation par Deloitte d'un communiqué de presse en 1997 (« communiqué de presse ») et la fourniture d'une lettre de confort (« lettre de confort »); et (2) la préparation et l'approbation par Deloitte de l'opinion sans réserve du vérificateur pour l'exercice 1997 (« rapport de 1997 »). Nous ne qualifierions pas tous ces documents d'« états financiers vérifiés ». D'ailleurs, le fait de ne pas tenir compte des distinctions entre ces documents empêche une analyse adéquate de l'obligation de diligence.

[7] Livent fait valoir qu'elle s'est fiée à son détriment à Deloitte à chacune de ces occasions, ce qui a compromis sa capacité de surveiller ses activités. Plus précisément, Livent affirme que si Deloitte avait fait preuve de prudence dans ces déclarations, son existence n'aurait pas été artificiellement prolongée et elle aurait ainsi subi une perte moindre (établie par l'augmentation du déficit entre son actif et son passif au moment de sa liquidation) : motifs de première instance, par. 23-25, citant la déclaration modifiée de Livent, par. 210 et 212. Un compte rendu détaillé des événements ayant mené à ces deux déclarations s'avère donc essentiel en l'espèce pour l'analyse en matière de négligence.



A. *Primary Negligence Finding: The Press Release and Comfort Letter (August to October 1997)*

[8] Chronologically, the first representations found by the trial judge to be negligence causing compensable harm were the Press Release and Comfort Letter.

[9] The Comfort Letter pertains to an agreement whereby Dundee Realty Corp. sought to purchase the air rights above Livent's Pantages Theatre and adjacent lands ("Air Rights Agreement"). Deloitte audited the accounting and reporting relating to that purchase, and identified irregularities in the accounting for the reporting of profit. Ultimately, Livent and Deloitte disagreed about the irregularities, which left Deloitte with a choice between resigning (and reporting those irregularities to regulatory authorities and the next auditor), and remaining (thereby effectively capitulating to Livent's views on how the irregularities should be reported). Deloitte, negligently, chose the latter route. It did not resign or inform anyone of the accounting irregularities. Instead, it helped prepare, and approved, the Press Release of September 2, 1997, which misrepresented the basis for the reporting of profit arising from the Air Rights Agreement.

[10] Further, that Press Release was issued "on the eve of a public offering for which [Deloitte] was going to have to provide a comfort letter" (trial reasons, at para. 193). As a result, Deloitte — again, negligently — provided the Comfort Letter on October 10, 1997, in support of the U.S. \$125 million debenture underwriting. The purpose underlying the Press Release and the Comfort Letter is critical. It was not to inform *Livent* of its own financial position, but rather, to inform *investors* of Livent's financial position, furnishing "comfort" in respect of their investment (despite one of Deloitte's senior partners' express acknowledgment that Deloitte was in no position "to provide any comfort to any regulators,

A. *Conclusion principale de négligence : le communiqué de presse et la lettre de confort (août à octobre 1997)*

[8] Sur le plan chronologique, le communiqué de presse et la lettre de confort sont les premières déclarations qui, selon le juge de première instance, étaient entachées de négligence causant un préjudice indemnisable.

[9] La lettre de confort se rapporte à un accord visant l'acquisition, par Dundee Realty Corp., des droits relatifs à la propriété de l'espace se trouvant au-dessus du Pantages Theatre et des terrains adjacents appartenant à Livent (« accord sur les droits relatifs à la propriété du dessus »). Deloitte a vérifié les documents comptables et les rapports relatifs à cette acquisition et y a découvert des irrégularités dans la comptabilisation des profits déclarés. Ultimement, Livent et Deloitte ne se sont pas entendues au sujet de ces irrégularités, de sorte que Deloitte a dû choisir entre donner sa démission (et signaler ces irrégularités aux autorités de réglementation et au vérificateur suivant), ou rester en poste (et accepter ainsi l'avis de Livent sur la manière de signaler les irrégularités en question). Deloitte a, par négligence, choisi la deuxième avenue. Elle n'a pas donné sa démission ni informé qui que ce soit des irrégularités qu'elle avait découvertes. Elle a plutôt aidé à préparer, et elle a approuvé, le communiqué de presse du 2 septembre 1997 qui présentait de façon inexacte la comptabilisation des profits découlant de l'accord sur les droits relatifs à la propriété du dessus.

[10] En outre, le communiqué de presse a été publié [TRADUCTION] « la veille d'un appel public à l'épargne pour lequel [Deloitte] aurait à fournir une lettre de confort » (motifs de première instance, par. 193). En conséquence, Deloitte — encore par négligence — a fourni la lettre de confort le 10 octobre 1997 à l'appui d'une souscription de débentures s'élevant à 125 millions de dollars U.S. L'objet du communiqué de presse et de la lettre de confort est crucial. Il ne s'agissait pas d'informer *Livent* de sa propre situation financière, mais plutôt d'informer les *investisseurs* de la situation financière de Livent, en les « rassurant » au sujet de leur investissement (même si l'un des associés

underwriters or audit committee members as to the interim financial statement’s conformity with GAAP” (trial reasons, at para. 178 (emphasis added; emphasis in original deleted))). Casting “professional skepticism, if not GAAS, aside” (para. 209), Deloitte approved the Press Release and Comfort Letter — all, seemingly, to maintain its profitable relationship with Livent.

[11] Given the foregoing, the trial judge assessed Livent’s injury as of a “measurement date” of August 31, 1997, i.e., the date on which Deloitte would, acting reasonably, have resigned. The trial judge also reduced Livent’s damages by 25 percent, however, for “contingencies” said to represent the amount Livent would have lost, even without Deloitte’s negligence.

[12] Deloitte appeals the trial judge’s award of damages, which amounts to the measure of damages (75 percent of damages overall) that he estimated to have arisen after the date on which Deloitte should have resigned.

*B. Alternative Negligence Finding: The 1997 Audit (April 1998)*

[13] In the alternative, the trial judge held that, if Deloitte reasonably refrained from resigning in August or September of 1997, it was negligent in preparing the 1997 Audit which was finalized in April 1998. That audit, which lacked “independent thought”, essentially tracked the statutory audit for 1996 (“1996 Audit”), despite (1) Livent now presenting inordinate risk given its “more than . . . modest history of aggressive, if not questionable, accounting practices” (trial reasons, at para. 211); and (2) Deloitte discovering, before the audit was completed, that Livent had intentionally deceived it as

principaux de Deloitte a reconnu expressément que Deloitte n’était « pas en mesure de rassurer les autorités de réglementation, les investisseurs ou les membres du comité de vérification quant à la conformité des états financiers intermédiaires aux principes comptables généralement reconnus » (motifs de première instance, par. 178 (nous soulignons; soulignement dans l’original omis)). Abandonnant son « scepticisme professionnel, voire les normes de vérification généralement reconnues » (par. 209), Deloitte a donné son approbation au communiqué de presse et à la lettre de confort — et ce, apparemment dans le but de conserver sa relation fructueuse avec Livent.

[11] Compte tenu de ce qui précède, le juge de première instance a évalué le préjudice subi par Livent à compter du 31 août 1997, soit la « date d’évaluation » ou la date à laquelle Deloitte aurait démissionné si elle avait agi de façon raisonnable. Toutefois, le juge de première instance a aussi réduit de 25 pour 100 les dommages subis par Livent, pour les « éventualités » censées représenter la somme que Livent aurait perdue même sans la négligence de Deloitte.

[12] Deloitte se pourvoit à l’encontre de l’indemnité accordée par le juge de première instance, laquelle correspond au préjudice évalué (75 pour 100 du préjudice total) qui, selon le juge, serait survenu après la date à laquelle Deloitte aurait dû démissionner.

*B. Conclusion subsidiaire de négligence : le rapport de 1997 (avril 1998)*

[13] Le juge de première instance a estimé à titre subsidiaire que, si Deloitte s’est raisonnablement abstenue de démissionner en août ou en septembre 1997, elle a fait preuve de négligence en préparant le rapport de 1997, qu’elle a finalisé en avril 1998. Cette vérification, qui manquait [TRADUCTION] d’« indépendance d’esprit », reprenait pour l’essentiel le rapport exigé par la loi pour l’exercice 1996 (« rapport de 1996 »), malgré le fait que (1) Livent présentait déjà un risque excessif, étant donné ses [TRADUCTION] « antécédents plus que modestes en matière de pratiques comptables agressives, voire

to the nature of its contractual dealings underlying the Air Rights Agreement. Somehow, this latter discovery of deliberate deception — after which “all hell broke loose” (para. 213) — was not enough to persuade Deloitte to terminate its engagement with Livent, despite all of its testifying senior partners acknowledging that “their collective professional skepticism would have been at the highest level” at this time (para. 214), and despite Livent’s after-the-fact explanation for this deception “ma[king] no sense, whatsoever” (para. 234(5)). Deloitte’s willingness to succumb to Livent’s transparently fraudulent demands left the trial judge “breathless” (para. 238) and was “beyond [his] comprehension” (para. 239).

[14] Given the foregoing, the trial judge also assessed Livent’s injury as of an “alternative” measurement date of March 31, 1998, i.e., the date on which Deloitte would, acting reasonably, have provided a prudent audit opinion (trial reasons, at para. 306, fn. 188, and para. 369, fn. 228).

[15] We reiterate that the *purpose* of the representation is critical. Unlike the Press Release and Comfort Letter (which were intended to inform *investors* of Livent’s financial position), the 1997 Audit was intended to inform *Livent* of its own financial position for various purposes, including, most importantly, shareholder oversight of management.

### III. Analysis

#### A. *Duty of Care*

[16] Traditionally, the test from *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), governed the duty analysis in decisions of this Court

douteuses » (motifs de première instance, par. 211); et que (2) Deloitte avait découvert, avant que la vérification ne soit terminée, que Livent l’avait délibérément induite en erreur quant à la nature des ententes contractuelles sur lesquelles reposait l’accord sur les droits relatifs à la propriété du dessus. D’une certaine façon, cette dernière découverte d’une tromperie délibérée — qui a précédé une « pagaille monstre » (par. 213) — n’a pas suffi à convaincre Deloitte de mettre fin à son association avec Livent, même si tous ses associés principaux appelés à témoigner ont admis que « leur scepticisme professionnel collectif aurait dû être des plus élevés » à ce moment (par. 214), et même si l’explication que Livent a donnée par la suite au sujet de cette tromperie « n’avait absolument aucun sens » (par. 234(5)). Que Deloitte se soit pliée de bon gré aux demandes manifestement frauduleuses de Livent a non seulement laissé le juge de première instance « bouche bée » (par. 238), mais défiait « toute compréhension » (par. 239).

[14] Compte tenu de ce qui précède, le juge de première instance a également évalué le préjudice subi par Livent à une date d’évaluation [TRADUCTION] « subsidiaire », à savoir le 31 mars 1998, soit la date à laquelle Deloitte aurait présenté une opinion prudente si elle avait agi de façon raisonnable (motifs de première instance, par. 306, note 188, et par. 369, note 228).

[15] Nous répétons que la *fin* que visait la déclaration est d’une importance cruciale. Contrairement au communiqué de presse et à la lettre de confort (qui visaient à informer les *investisseurs* de la situation financière de Livent), le rapport de 1997 visait à informer *Livent* de sa propre situation financière, et ce, à diverses fins, la plus importante étant la surveillance de sa gestion par les actionnaires.

### III. Analyse

#### A. *Obligation de diligence*

[16] Traditionnellement, le critère de l’arrêt *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), a régi l’analyse de l’obligation

addressing claims for pure economic loss (*Hercules; Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021). Significantly, however, the *Anns* test for establishing tort liability in Canada has since been refined. In *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, this Court provided greater certainty to the law of tort by clarifying the factors which may be considered at each stage of the *Anns* test. While the resulting *Anns/Cooper* framework has yet to be applied by this Court in a case of auditor's negligence, we adopt this statement of La Forest J. for the Court in *Hercules*: “. . . to create a ‘pocket’ of negligent misrepresentation cases . . . in which the existence of a duty of care is determined differently from other negligence cases would, in my view, be incorrect . . .” (para. 21).

[17] We turn, therefore, to consider the test for establishing tort liability, beginning with this Court's decision in *Hercules*, and the proper application of the general *Anns/Cooper* framework to cases of auditors' liability.

(1) *Hercules: The Anns Test*

[18] In *Hercules*, this Court recognized a duty owed by an auditor in preparing a statutory audit of its corporate client. While the Court dismissed the plaintiff shareholders' claim for lost personal investments, it consistently maintained that a claim by the corporation itself for its own losses resulting from a negligent statutory audit could have succeeded (paras. 58-59; see also paras. 1 and 60-64):

All the participants in this appeal . . . raised the issue of whether the appellants' claims in respect of the losses

de diligence dans les décisions de notre Cour qui traitent des actions pour une perte purement économique (*Hercules; Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021). Fait important cependant, le critère établi dans *Anns* qui permet, au Canada, d'imputer une responsabilité délictuelle a été depuis précisé. Dans *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, notre Cour a assuré une plus grande certitude du droit de la responsabilité délictuelle en clarifiant les facteurs qu'il convient d'examiner pour chacun des volets du critère de l'arrêt *Anns*. Bien que notre Cour n'ait pas encore appliqué le cadre d'analyse issu des arrêts *Anns* et *Cooper* à une affaire de négligence d'un vérificateur, nous faisons nôtres ces propos formulés par le juge La Forest au nom de la Cour dans *Hercules* : « . . . j'estime qu'il serait incorrect de créer une [TRADUCTION] “poche” de cas de déclaration inexacte faite par négligence [. . .] où l'existence d'une obligation de diligence serait déterminée différemment des autres cas de négligence . . . » (par. 21).

[17] Nous passons donc à l'examen du critère en matière de responsabilité délictuelle, en commençant par l'arrêt *Hercules* de notre Cour, et à l'application correcte du cadre général d'analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* aux cas de responsabilité des vérificateurs.

(1) *L'arrêt Hercules : le critère de l'arrêt Anns*

[18] Dans l'arrêt *Hercules*, notre Cour a reconnu que le vérificateur qui procède à une vérification exigée par la loi à l'égard de son entreprise cliente est tenu à une obligation. Bien que la Cour ait rejeté l'action intentée par les actionnaires pour perte de leurs placements personnels, elle a maintes fois affirmé qu'une action intentée par la société elle-même relativement à ses propres pertes découlant d'une vérification exigée par la loi entachée de négligence aurait pu être accueillie (par. 58-59; voir aussi par. 1 et 60-64) :

Tous les participants au présent pourvoi [. . .] ont soulevé la question de savoir si les actions des appelants

they suffered in their existing shareholdings through their alleged inability to oversee management of the corporations ought to have been brought as a derivative action . . . .

. . . if an action is to be brought in respect of such losses, it must be brought either by the corporation itself (through management) or by way of a derivative action.

[19] The duty analysis in *Hercules* entailed applying the then-current test for recognizing a duty of care in Canadian negligence law: the *Anns* test. Comprising two stages, the *Anns* test asked (1) whether a *prima facie* duty of care exists between the parties; and (2) if so, whether there are any residual policy considerations which should negate or limit the scope of the duty, the class of persons to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise (*Hercules*, at para. 20; *Kamloops (City) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, at pp. 10-11; *Norsk*, at p. 1155; *Bow Valley*, at para. 47).

[20] Under the *Anns* test, a *prima facie* duty of care is recognized where a “sufficiently close relationship between the plaintiff and the defendant” exists such that “in the reasonable contemplation of the [defendant], carelessness on its part may cause damage to the [plaintiff]” (*Hercules*, at para. 22; *Kamloops*, at p. 10). In other words, where injury to the plaintiff is a reasonably foreseeable consequence of the defendant’s negligence, a duty of care would, *prima facie*, arise. This relationship, where present, was labelled one of “proximity” (*ibid.*). In *Hercules*, the Court provided greater particularity to the test of reasonable foreseeability which established proximity under the *Anns* test in the context of claims for pure economic loss arising from negligent misrepresentation or performance of a service. Specifically, it stated that proximity would inhere in a relationship where two criteria are met: (1) that the defendant should reasonably foresee that the plaintiff will rely on his or her representation; and (2) that the plaintiff’s reliance would, in the circumstances of the case, be reasonable. The Court explained that

pour les pertes qu’ils ont subies sur le plan de leurs participations existantes, en raison de l’incapacité dans laquelle ils auraient été de surveiller la gestion des sociétés, auraient dû être intentées sous forme d’action oblique . . .

. . . si une action doit être intentée pour les pertes subies en raison de ces préjudices, elle doit l’être soit par la société même (par l’entremise de la direction), soit par voie d’action oblique.

[19] Dans *Hercules*, l’analyse de l’obligation de diligence supposait l’application du critère utilisé à l’époque en droit canadien en matière de négligence pour établir l’existence d’une obligation de diligence, à savoir le critère de l’arrêt *Anns*. Ce critère à deux volets posait les questions de savoir (1) s’il existe une obligation de diligence *prima facie* entre les parties; et (2) si, dans l’affirmative, des considérations de politique résiduelles justifient de restreindre ou de rejeter la portée de l’obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient, ou les dommages auxquels un manquement à l’obligation peut donner lieu (*Hercules*, par. 20; *Kamloops (Ville) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, p. 10-11; *Norsk*, p. 1155; *Bow Valley*, par. 47).

[20] Selon le critère de l’arrêt *Anns*, une obligation de diligence *prima facie* existe s’il y a « entre le demandeur et le défendeur, un lien suffisamment étroit » pour que « le manque de diligence de la part [du défendeur] puisse être raisonnablement perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice au demandeur » (*Hercules*, par. 22; *Kamloops*, p. 10). Autrement dit, lorsque le préjudice subi par le demandeur est une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence du défendeur, il existe une obligation de diligence *prima facie*. Ce rapport, le cas échéant, a été qualifié de « lien étroit » (*ibid.*). Dans *Hercules*, la Cour a précisé davantage le critère de la prévisibilité raisonnable qui permettait d’établir l’existence du lien étroit requis par le critère de l’arrêt *Anns* dans le contexte d’une action pour perte purement économique attribuable à une déclaration inexacte faite par négligence ou à la prestation négligente d’un service. Plus précisément, la Cour a affirmé que l’existence d’un lien étroit était assujettie au respect de deux conditions : (1) le défendeur devrait prévoir raisonnablement que le demandeur

considering the plaintiff's *reliance* within the test for the reasonable foreseeability of injury did not "abandon the basic tenets underlying the [*Anns*] formula" (para. 25). Rather, as the plaintiff's injury in cases of pure economic loss arising from negligent misrepresentation or performance of a service stems from his or her detrimental reliance, the reasonableness of that reliance informs the determination of whether his or her injury is reasonably foreseeable (paras. 25-26). Where, therefore, the *Anns* test was applied to cases of negligent misrepresentation, reasonable foreseeability of injury alone, as arising from reasonable reliance, was sufficient to establish a proximate relationship supporting a *prima facie* duty of care (*Hercules*, at paras. 25 and 27; *Norsk*, at p. 1154; *Bow Valley*, at para. 61).

[21] The *Anns* test thereby set a low threshold at the first stage, imposing duties in relation to a nearly limitless class of persons who might rely on representations for nearly limitless purposes. Indeed, as this Court stated in *Hercules*, "[i]n modern commercial society, the fact that audit reports will be relied on by many different people (e.g., shareholders, creditors, potential takeover bidders, investors, etc.) for a wide variety of purposes will almost always be reasonably foreseeable to auditors themselves" (para. 32). For that reason — that is, because of the low "foreseeability" threshold for establishing a *prima facie* duty of care at the first stage of the *Anns* test — the Court looked to the second stage of the *Anns* test to negate or narrow the duty on the basis of the "policy consideration" of indeterminacy. It was here that the Court looked to the identity of the plaintiffs and the purpose of the audit opinion to deny liability for investment and devaluation losses of individual shareholders (paras. 27-28; see also *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466). Specifically, the Court found that one of the purposes of a statutory audit — that is, to "allo[w] shareholders,

se fierà à sa déclaration; et (2) la confiance accordée par le demandeur devrait, dans les circonstances, être raisonnable. La Cour a expliqué que la prise en compte de la *confiance* dont a fait preuve le demandeur dans le cadre du critère de la prévisibilité raisonnable du préjudice ne revenait pas à « abandonner les préceptes fondamentaux [. . .] du critère [de l'arrêt] *Anns* » (par. 25). Au contraire, puisque, dans les affaires de perte purement économique attribuable à une déclaration inexacte faite par négligence ou à la prestation négligente d'un service, le préjudice subi par le demandeur découle de la confiance dont il a fait preuve à son détriment, le caractère raisonnable de cette confiance permet de déterminer si le préjudice causé est raisonnablement prévisible (par. 25-26). En conséquence, lorsque le critère de l'arrêt *Anns* a été appliqué dans des affaires de déclaration inexacte faite par négligence, la prévisibilité raisonnable du préjudice découlant de la confiance raisonnable accordée à la déclaration a suffi à elle seule à établir l'existence d'un lien étroit qui appuie l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* (*Hercules*, par. 25 et 27; *Norsk*, p. 1154; *Bow Valley*, par. 61).

[21] Le premier volet du critère de l'arrêt *Anns* est donc peu exigeant, en ce qu'il impose des obligations envers une catégorie presque illimitée de personnes susceptibles de se fier aux déclarations, et ce, à des fins presque illimitées. En effet, comme la Cour l'a affirmé dans *Hercules*, « [d]ans le monde commercial contemporain, les vérificateurs eux-mêmes peuvent presque toujours raisonnablement prévoir que différentes personnes (par exemple, des actionnaires, des créanciers, les auteurs éventuels d'une offre de prise de contrôle, des investisseurs, etc.) se fieront, pour toute une gamme de raisons, à leurs rapports de vérification » (par. 32). C'est pourquoi — à cause du critère peu exigeant de la « prévisibilité » permettant d'établir l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* au premier volet du critère de l'arrêt *Anns* — la Cour s'est tournée vers le deuxième volet de ce critère pour écarter ou limiter l'obligation de diligence en se fondant sur la « considération de principe » de l'indétermination. C'est à cette étape que la Cour a examiné l'identité des demandeurs et l'objet de l'opinion du vérificateur pour écarter la responsabilité à l'égard des

as a group, to supervise management and to take decisions with respect to matters concerning the proper overall administration of the corporation” (para. 56 (emphasis in original)) — would have permitted the corporate client to recover its own losses at the time of receivership had the claim been brought in the corporation’s name. As we will explain, Livent’s injury following the 1997 Audit is precisely the type of injury described in *Hercules* as being compensable.

(2) Cooper: Refining the Anns Test

[22] While this Court’s holding in *Hercules* remains binding authority governing an auditor’s duty of care in relation to a statutory audit, the framework by which that duty is imposed has since been refined. In the companion cases of *Cooper* and *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562, this Court revised the *Anns* test by distinguishing more clearly between foreseeability and proximity, and by placing greater emphasis on a more demanding first stage of the two-stage analysis (*Cooper*, at para. 30). While, therefore, we rely on *Hercules* for the general proposition that an auditor may owe its client a duty of care in relation to a particular undertaking, it is the *Anns/Cooper* framework to which we must have reference in identifying a principled basis for imposing liability. And, properly applied, that framework will rarely, if ever, give rise to a *prima facie* duty of care that could result in indeterminate liability. Accordingly, and with great respect for contrary views, there is no reason to resort to the second stage in order to negate all liability in this case.

pertes relatives aux placements et à la dévaluation subies par les actionnaires pris individuellement (par. 27-28; voir aussi *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466). Plus précisément, la Cour a conclu que l’un des objets d’une vérification exigée par la loi — à savoir, « permettre aux actionnaires, en tant que groupe, de superviser la gestion et de prendre des décisions relativement à la bonne administration globale [de la société] » (par. 56 (souligné dans l’original)) — aurait permis à la société cliente d’être indemnisée pour ses propres pertes au moment de la mise sous séquestre si l’action avait été intentée au nom de la société. Comme nous le verrons, le préjudice subi par Livent par suite du rapport de 1997 est précisément le type de préjudice qualifié d’indemnifiable dans l’arrêt *Hercules*.

(2) L’arrêt Cooper a précisé le critère de l’arrêt Anns

[22] Alors que la décision de la Cour dans *Hercules* fait autorité quant à l’obligation de diligence à laquelle un vérificateur est tenu dans le cadre d’une vérification exigée par la loi, le cadre d’analyse permettant de déterminer si cette obligation est retenue a depuis fait l’objet de précisions. Dans les affaires connexes *Cooper* et *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562, notre Cour a révisé le critère de l’arrêt *Anns* en établissant plus clairement la distinction entre la prévisibilité et la proximité, et en mettant l’accent sur une application plus stricte du premier volet de l’analyse (*Cooper*, par. 30). Donc, alors que nous nous appuyons sur l’arrêt *Hercules* pour affirmer que le vérificateur peut avoir envers son client une obligation de diligence relativement à un engagement particulier, c’est au cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* que nous devons nous reporter pour déterminer si une raison de principe justifie d’imputer une responsabilité. Et s’il est appliqué correctement, ce cadre d’analyse ne permettra que rarement, voire jamais, de conclure à l’existence d’une obligation de diligence *prima facie* susceptible de donner lieu à une responsabilité indéterminée. En conséquence, et en tout respect pour les opinions contraires, il n’y a pas de raison de recourir au deuxième volet du critère pour rejeter toute responsabilité en l’espèce.

(a) *Stage One: Prima Facie Duty of Care*

[23] In *Cooper*, this Court recognized that “foreseeability alone” is not enough to establish a *prima facie* duty of care (para. 22; see also *Edwards*, at para. 9). In doing so, it signalled a shift from the *Anns* test, which had grounded the recognition of a *prima facie* duty upon mere foreseeability of injury (*Hercules*, at paras. 25 and 27; *Norsk*, at p. 1154; *Bow Valley*, at para. 61). After *Cooper*, the first stage of the *Anns/Cooper* framework would require “something more” (*Cooper*, at para. 29). That “something more” is *proximity* (*Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at paras. 47-48; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643, at para. 12; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129, at para. 23; and *Fallowka v. Pinkerton’s of Canada Ltd.*, 2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132, at para. 18).

[24] In *Cooper*, the Court did not indicate whether proximity or reasonable foreseeability should be assessed first. In cases of negligent misrepresentation or performance of a service, however, proximity will be more usefully considered before foreseeability. What the defendant reasonably foresees as flowing from his or her negligence depends upon the characteristics of his or her relationship with the plaintiff, and specifically, in such cases, the purpose of the defendant’s undertaking. That said, both proximity and foreseeability of injury merit further reflection.

(i) Proximity

[25] Assessing proximity in the *prima facie* duty of care analysis entails asking whether the parties are in such a “close and direct” relationship that it would be “just and fair having regard to that relationship to impose a duty of care in law” (*Cooper*, at paras. 32 and 34).

a) *Premier volet : obligation de diligence prima facie*

[23] Dans l’arrêt *Cooper*, notre Cour a reconnu que la « prévisibilité ne suffit pas à elle seule » pour établir l’existence d’une obligation de diligence *prima facie* (par. 22; voir aussi *Edwards*, par. 9). La Cour s’est ainsi éloignée du critère de l’arrêt *Anns*, qui avait fondé la reconnaissance d’une obligation *prima facie* sur la simple prévisibilité du préjudice (*Hercules*, par. 25 et 27; *Norsk*, p. 1154; *Bow Valley*, par. 61). Depuis l’arrêt *Cooper*, le premier volet du cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* exige « autre chose » (*Cooper*, par. 29). Cette « autre chose » correspond au *lien de proximité* (*Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 47-48; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643, par. 12; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129, par. 23; et *Fallowka c. Pinkerton’s of Canada Ltd.*, 2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132, par. 18).

[24] Dans l’arrêt *Cooper*, la Cour n’a pas indiqué s’il convenait d’examiner d’abord le lien de proximité ou la prévisibilité raisonnable. Dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente d’un service, cependant, il sera plus utile d’examiner le lien de proximité avant la prévisibilité. Les conséquences auxquelles le défendeur peut raisonnablement s’attendre en raison de sa négligence dépendent des caractéristiques de ses liens avec le demandeur et, en particulier dans ces cas, de l’objet de l’engagement du défendeur. Cela dit, tant le lien de proximité que la prévisibilité du préjudice méritent un examen plus approfondi.

(i) Le lien de proximité

[25] L’examen du lien de proximité dans l’analyse relative à l’obligation de diligence *prima facie* appelle à se demander si le lien entre les parties est à ce point « étroit et direct » qu’il serait, « vu ce lien, [. . .] juste et équitable en droit d’imposer une obligation de diligence au défendeur » (*Cooper*, par. 32 et 34).



[26] Under the *Anns* test, proximity did not, “in and of itself, provide a principled basis on which to make a legal determination” (*Hercules*, at para. 23). Rather, proximity was a “label” which expressed nothing more than a “result, judgment or conclusion” (*ibid.*), where mere reasonable foreseeability of injury could be shown. While, under the *Anns/Cooper* framework, the proximity analysis has become more analytically robust, this descriptive component remains. By this, we mean that the term “proximity” is still used, in part, as a shorthand description of those categories of relationships in which proximity has already been found to exist (*Cooper*, at para. 23). If a relationship falls within a previously established category, or is analogous to one, then the requisite close and direct relationship is shown. So long, then, as a risk of reasonably foreseeable injury can also be shown — or has already been shown through an analogous precedent — the first stage of the *Anns/Cooper* framework is complete and a duty of care may be identified (*ibid.*, at para. 36). In such circumstances, the second stage of the *Anns/Cooper* framework will seldom be engaged because any residual policy considerations will have already been taken into account when the proximate relationship was first identified (*ibid.*, at para. 39; *Edwards*, at para. 10).

[27] This Court has on occasion defined previously established categories of proximity in broad terms. In *Hill*, for example, the Court listed “[t]he duty of care of the motorist to other users of the highway; the duty of care of the doctor to his patient; the duty of care of the solicitor to her client” (para. 25). Proximate relationships will not always, however, be identified so generally. In particular, whether proximity exists between two parties at large, or whether it inheres only for particular purposes or in relation to particular actions, will depend upon the nature of the particular relationship at issue (*ibid.*, at para. 27; *Haig*, at p. 479). Indeed, and as we explain below, factors which support recognizing “novel” proximate relationships do so based upon the characteristics of the parties’ relationship and

[26] Selon le critère de l’arrêt *Anns*, l’existence d’un lien de proximité « ne fournit pas en soi une justification, fondée sur des principes, qui permette de rendre une décision juridique » (*Hercules*, par. 23). En fait, l’expression « lien étroit » n’exprimait rien de plus « qu’un résultat, un jugement ou une conclusion » (*ibid.*), où la simple prévisibilité raisonnable d’un préjudice pouvait être établie. Bien que, selon le cadre des arrêts *Anns* et *Cooper*, l’analyse du lien de proximité soit devenue plus stricte, ces termes descriptifs demeurent valables. Ce que nous voulons dire, c’est que les termes « lien de proximité » servent toujours, en partie, à décrire brièvement les catégories de rapports pour lesquelles on a déjà reconnu l’existence d’un lien étroit (*Cooper*, par. 23). Si un rapport relève d’une catégorie déjà établie, ou s’il s’agit d’un rapport analogue, l’existence du lien étroit et direct requis est établie. Ainsi, dans la mesure où il est possible d’établir l’existence d’un risque de préjudice raisonnablement prévisible — ou cette existence a déjà été établie par un précédent analogue —, il est satisfait au premier volet du cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* et il est possible d’affirmer l’existence d’une obligation de diligence (*ibid.*, par. 36). Dans de telles circonstances, le deuxième volet du cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* entrera rarement en jeu parce que les considérations de politique résiduelles auront déjà été prises en compte lorsque l’existence du lien de proximité a été reconnue (*ibid.*, par. 39; *Edwards*, par. 10).

[27] La Cour a parfois décrit de façon générale certaines catégories où le lien de proximité a déjà été établi. Dans l’arrêt *Hill*, par exemple, la Cour énumère les relations suivantes qui font naître une obligation de diligence : « La relation entre l’automobiliste et les autres usagers de la route, celle du médecin et de son patient, et celle de l’avocat et de son client . . . » (par. 25). Or, les liens de proximité ne seront pas toujours décrits de façon si générale. Plus particulièrement, la question de savoir si un lien de proximité existe entre deux parties en général ou seulement à des fins particulières, ou relativement à des actes en particulier, dépendra de la nature de la relation particulière en cause (*ibid.*, par. 27; *Haig*, p. 479). En effet, comme nous l’expliquons plus loin, les facteurs permettant d’établir de

the circumstances of each particular case (*Cooper*, at paras. 34-35).

[28] It follows that, where a party seeks to base a finding of proximity upon a previously established or analogous category, a court should be attentive to the particular factors which justified recognizing that prior category in order to determine whether the relationship at issue is, in fact, truly the same as or analogous to that which was previously recognized. And, by corollary, courts should avoid identifying established categories in an overly broad manner because, again, residual policy considerations are not considered where proximity is found on the basis of an established category (*Cooper*, at para. 39). Analytically, this makes sense. For a court to have previously recognized a proximate relationship, second-stage residual policy considerations must already have been taken into account. When, therefore, a court relies on an established category of proximity, it follows “that there are no overriding policy considerations that would [negate] the duty of care” (*ibid.*). A consequence of this approach, however, is that a finding of proximity based upon a previously established or analogous category must be grounded not merely upon the identity of the parties, but upon examination of the particular relationship at issue in each case. Otherwise, courts risk recognizing *prima facie* duties of care without any examination of pertinent second-stage residual policy considerations.

[29] Where an established proximate relationship cannot be found, courts must undertake a full proximity analysis. To determine whether the “‘close and direct’ relationship which is the hallmark of the common law duty of care” exists (*Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543, at para. 24, citing *Cooper*, at para. 32, and *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), at pp. 580-81), courts must examine all relevant “factors arising from the *relationship* between the plaintiff and the defendant” (*Cooper*, at para. 30 (emphasis in original); *Edwards*, at para. 9; *Childs*, at para. 24; *Odhavji*, at para. 50;

« nouveaux cas » de liens de proximité dépendent des caractéristiques des rapports entre les parties et des circonstances de chaque affaire en particulier (*Cooper*, par. 34-35).

[28] Ainsi, lorsqu’une partie cherche à fonder l’existence d’un lien de proximité sur une catégorie déjà établie ou analogue, le tribunal doit être attentif aux facteurs particuliers qui ont permis d’établir cette catégorie pour déterminer si la relation en cause est en fait vraiment la même que celle établie auparavant ou si elle est analogue. Et, en corollaire, les tribunaux doivent s’abstenir de conclure de manière trop générale à l’existence de catégories établies puisque, rappelons-le, les considérations de politique résiduelles ne sont pas examinées si l’existence d’un lien de proximité est établie sur le fondement d’une catégorie reconnue (*Cooper*, par. 39). Cela est logique du point de vue analytique. Les tribunaux ne sauraient reconnaître l’existence d’un lien de proximité sans avoir considéré les considérations de politique résiduelles examinées au deuxième volet du critère. Ainsi, lorsqu’un tribunal se fonde sur une catégorie établie de lien de proximité, « aucune considération de politique prioritaire [n’]écarter » l’obligation de diligence (*ibid.*). Or, l’une des conséquences de cette approche est que, pour conclure à l’existence d’un lien de proximité sur le fondement d’une catégorie établie ou analogue, il faut tenir compte, dans chaque cas, non seulement de l’identité des parties, mais aussi du lien particulier en cause. Autrement, les tribunaux risquent de reconnaître l’existence d’une obligation de diligence *prima facie* sans avoir procédé à l’examen requis au deuxième volet portant sur les considérations de politique résiduelles.

[29] Lorsqu’ils ne peuvent conclure à l’existence d’un lien de proximité établi, les tribunaux doivent procéder à une analyse exhaustive à cet égard. Pour déterminer si le « lien “étroit et direct” qui caractérise l’obligation de diligence en common law » existe (*Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543, par. 24, citant *Cooper*, par. 32, et *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), p. 580-581), les tribunaux doivent examiner tous les facteurs pertinents « découlant du *lien* existant entre l[e] demande[ur] et le défendeur » (*Cooper*, par. 30 (souligné dans l’original); *Edwards*, par. 9; *Childs*,

*Hill*, at para. 24; *Fallowka*, at para. 26; *Saadati*, at para. 24). While these factors are diverse and depend on the circumstances of each case (*Cooper*, at para. 35), this Court has maintained that they include “expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved” (*ibid.*, at para. 34; *Odhavji*, at para. 50; *Fallowka*, at para. 26) as well as any statutory obligations (*Cooper*, at para. 38; *Edwards*, at paras. 9 and 13; *Odhavji*, at para. 56).

[30] In cases of pure economic loss arising from negligent misrepresentation or performance of a service, two factors are determinative in the proximity analysis: the defendant’s undertaking and the plaintiff’s reliance. Where the defendant undertakes to provide a representation or service in circumstances that invite the plaintiff’s reasonable reliance, the defendant becomes obligated to take reasonable care. And, the plaintiff has a right to rely on the defendant’s undertaking to do so (W. N. Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning” (1913), 23 *Yale L.J.* 16, at pp. 49-50). These corollary rights and obligations create a relationship of proximity (*Haig*, at p. 477; *Caparo Industries plc. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.), at pp. 637-38; *Glanzer v. Shepard*, 135 N.E. 275 (N.Y. 1922), at pp. 275-76; *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), at pp. 445-46; E. J. Weinrib, “The Disintegration of Duty” (2006), 31 *Adv. Q.* 212, at p. 230).

[31] Rights, like duties, are, however, not limitless. Any reliance on the part of the plaintiff which falls outside of the scope of the defendant’s undertaking of responsibility — that is, of the purpose for which the representation was made or the service was undertaken — necessarily falls outside the scope of the proximate relationship and, therefore, of the defendant’s duty of care (Weinrib; A. Beever, *Rediscovering the Law of Negligence* (2007), at pp. 293-94). This principle, also referred to as the “end and aim” rule, properly limits liability on the basis that the defendant cannot be liable for a risk of injury against which he did not undertake to protect (*Glanzer*, at pp. 275 and 277; *Ultramares*, at pp. 445-46; *Haig*, at p. 482). By assessing all

par. 24; *Odhavji*, par. 50; *Hill*, par. 24; *Fallowka*, par. 26; *Saadati*, par. 24). Bien que ces facteurs soient variés et qu’ils dépendent des circonstances de l’affaire (*Cooper*, par. 35), notre Cour a affirmé qu’ils étaient composés « des attentes, des déclarations, de la confiance, des biens en cause et d’autres intérêts en jeu » (*ibid.*, par. 34; *Odhavji*, par. 50; *Fallowka*, par. 26) ainsi que des obligations imposées par la loi (*Cooper*, par. 38; *Edwards*, par. 9 et 13; *Odhavji*, par. 56).

[30] Dans le cas d’une perte purement économique attribuable à une déclaration inexacte faite par négligence ou à la prestation négligente d’un service, deux facteurs jouent un rôle déterminant dans l’analyse du lien de proximité : l’engagement pris par le défendeur et le fait pour le demandeur de s’y fier. Lorsqu’il s’engage à fournir une déclaration ou un service dans des circonstances qui invitent à la confiance raisonnable du demandeur, le défendeur est tenu d’agir avec diligence raisonnable, et le demandeur a le droit de se fier à l’engagement pris par le défendeur (W. N. Hohfeld, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning » (1913), 23 *Yale L.J.* 16, p. 49-50). Ce sont ces droits et ces obligations corollaires qui créent un lien de proximité (*Haig*, p. 477; *Caparo Industries plc. c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.), p. 637-638; *Glanzer c. Shepard*, 135 N.E. 275 (N.Y. 1922), p. 275-276; *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), p. 445-446; E. J. Weinrib, « The Disintegration of Duty » (2006), 31 *Adv. Q.* 212, p. 230).

[31] Or, tout comme les obligations, les droits ne sont pas illimités. Toute décision de la part du demandeur de se fier à l’engagement qui excède la portée de la responsabilité assumée par le défendeur — à savoir, qui est étrangère à l’objet de la déclaration ou du service qu’il s’est engagé à fournir — excède nécessairement le cadre du lien de proximité et, par conséquent, celui de l’obligation de diligence qui incombe au défendeur (Weinrib; A. Beever, *Rediscovering the Law of Negligence* (2007), p. 293-294). Ce principe, aussi appelé « règle de l’objet », a pour effet de restreindre à juste titre la responsabilité au motif que le défendeur ne saurait être tenu responsable d’un risque de préjudice contre lequel il ne s’est pas engagé à protéger le demandeur

relevant factors arising from the relationship between the parties, the proximity analysis not only determines the *existence* of a relationship of proximity, but also delineates the *scope* of the rights and duties which flow from that relationship. In short, it furnishes not only a “principled basis upon which to draw the line between those to whom the duty is owed and those to whom it is not” (*Fallowka*, at para. 70), but also a principled delineation of the scope of such duty, based upon the purpose for which the defendant undertakes responsibility. As we will explain, these principled limits are essential to determining the type of injury that was a reasonably foreseeable consequence of the defendant’s negligence.

(ii) Reasonable Foreseeability

[32] Assessing reasonable foreseeability in the *prima facie* duty of care analysis entails asking whether an injury to the plaintiff was a reasonably foreseeable consequence of the defendant’s negligence (*Cooper*, at para. 30).

[33] Broadly speaking, reasonable foreseeability concerns the likelihood of injury arising from the defendant’s negligence (*Donoghue*, at p. 580). This inquiry is not amenable to, and does not require, actuarial precision. The jurisprudence gives content, however, to the foreseeability inquiry, providing courts with guidance. In the abstract, a defendant’s negligent misrepresentation or performance of a service could potentially give rise to innumerable injuries tangentially cascading from the originally contemplated service. This was so in *Hercules*, where the Court recognized that an auditor’s statement could be relied upon by a potentially limitless number of individuals (e.g., shareholders or takeover bidders), for a potentially limitless array of purposes (e.g., investments or takeover bids), any of which could result in various foreseeable injuries.

(*Glanzer*, p. 275 et 277; *Ultramares*, p. 445-446; *Haig*, p. 482). En tenant compte de tous les facteurs pertinents découlant du lien existant entre les parties, l’analyse du lien de proximité permet non seulement de déterminer l’*existence* d’une relation de proximité, mais aussi de délimiter la *portée* des droits et des obligations découlant de cette relation. En somme, l’analyse établit non seulement « un fondement rationnel à la ligne de démarcation entre ceux qui bénéficient de l’obligation de diligence et les autres » (*Fallowka*, par. 70), elle fixe aussi à la portée de cette obligation une délimitation rationnelle fondée sur l’objet de la responsabilité assumée par le défendeur. Comme nous allons l’expliquer, cette délimitation rationnelle est essentielle pour déterminer le type de préjudice qui constituait une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence du défendeur.

(ii) La prévisibilité raisonnable

[32] L’examen de la prévisibilité raisonnable dans le cadre de l’analyse relative à obligation de diligence *prima facie* consiste à se demander si le préjudice subi par le demandeur constituait une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence du défendeur (*Cooper*, par. 30).

[33] De manière générale, la prévisibilité raisonnable s’attache à la probabilité de préjudice découlant de la négligence du défendeur (*Donoghue*, p. 580). Cet examen ne se prête pas à une précision actuarielle et n’exige pas une telle précision. La jurisprudence établit toutefois le contenu de l’analyse de la prévisibilité et donne à cet égard des précisions aux tribunaux. Dans l’abstrait, une déclaration inexacte faite par négligence ou la prestation négligente d’un service par un défendeur pourrait éventuellement donner lieu à d’innombrables préjudices découlant indirectement du service envisagé à l’origine. C’était le cas dans l’affaire *Hercules*, où la Cour a reconnu qu’un nombre potentiellement infini de personnes pourraient se fier au rapport du vérificateur (p. ex., les actionnaires ou des auteurs d’une offre de prise de contrôle), et ce, pour une gamme de raisons potentiellement infinie (p. ex., des investissements ou des offres de prise de contrôle), dont chacune pourrait entraîner divers préjudices prévisibles.

[34] As we have already observed, however, reasonable foreseeability of injury is no longer the sole consideration at the first stage of the *Anns/Cooper* framework. Since *Cooper*, both reasonable foreseeability and proximity — the latter expressed in *Cooper* as a distinct and more demanding hurdle than reasonable foreseeability — must be proven in order to establish a *prima facie* duty of care. And, in cases of negligent misrepresentation or performance of a service, the proximate relationship — grounded in the defendant’s undertaking and the plaintiff’s reliance — informs the foreseeability inquiry. Meaning, the purpose underlying that undertaking and that corresponding reliance limits the type of injury which could be reasonably foreseen to result from the defendant’s negligence.

[35] As a matter of first principles, it must be borne in mind that an injury to the plaintiff in this sort of case flows from the fact that he or she detrimentally relied on the defendant’s undertaking, whether it take the form of a representation or the performance of a service. It follows that an injury to the plaintiff will be reasonably foreseeable if (1) the defendant should have reasonably foreseen that the plaintiff would rely on his or her representation; and (2) such reliance would, in the particular circumstances of the case, be reasonable (*Hercules*, at para. 27). Both the reasonableness and the reasonable foreseeability of the plaintiff’s reliance will be determined by the relationship of proximity between the parties; a plaintiff has a right to rely on a defendant to act with reasonable care for the particular purpose of the defendant’s undertaking, and his or her reliance on the defendant for that purpose is therefore both reasonable and reasonably foreseeable. But a plaintiff has no right to rely on a defendant for any other purpose, because such reliance would fall outside the scope of the defendant’s undertaking. As such, any consequent injury could not have been reasonably foreseeable.

[36] We add this. Under the *Anns* test, the Court recognized that auditors may owe a *prima facie* duty

[34] Or, comme nous l’avons fait observer, la prévisibilité raisonnable du préjudice n’est plus la seule considération prise en compte au premier volet du cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper*. Depuis l’arrêt *Cooper*, il convient de prouver autant la prévisibilité raisonnable que le lien de proximité — défini dans l’arrêt *Cooper* comme un obstacle distinct et plus exigeant que la prévisibilité raisonnable — afin d’établir une obligation de diligence *prima facie*. Et dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente d’un service, le lien de proximité — fondé sur l’engagement du défendeur et le fait pour le demandeur de s’y fier — sert à guider l’analyse de la prévisibilité. C’est donc dire que l’objet qui sous-tend l’engagement et le fait de se fier à cet engagement restreint le type de préjudice dont on pourrait raisonnablement prévoir qu’il découlera de la négligence du défendeur.

[35] Quant aux principes fondamentaux, n’oublions pas que le préjudice subi par le demandeur dans une affaire de cette nature découle de ce que ce dernier s’est fié à son détriment à l’engagement du défendeur, peu importe qu’il s’agisse d’une déclaration ou de la prestation d’un service. Il s’ensuit que le préjudice du demandeur sera raisonnablement prévisible si (1) le défendeur aurait dû raisonnablement prévoir que le demandeur se fierait à sa déclaration; et si (2) cette confiance serait raisonnable dans les circonstances particulières de l’affaire. (*Hercules*, par. 27). Tant le caractère raisonnable que la prévisibilité raisonnable de cette confiance du demandeur seront déterminés en fonction du lien de proximité entre les parties. Un demandeur a le droit de se fier au défendeur pour qu’il agisse avec une diligence raisonnable à l’égard de l’objet particulier de l’engagement qu’il prend, et la confiance que le demandeur accorde au défendeur à cette fin est donc à la fois raisonnable et raisonnablement prévisible. Mais le demandeur ne peut pas se fier au défendeur pour une autre fin, car une telle confiance excéderait la portée de l’engagement du défendeur. Dans un tel cas, tout préjudice consécutif subi par le demandeur n’aurait pu être raisonnablement prévisible.

[36] Nous ajoutons ce qui suit. La Cour a reconnu que, selon le critère de l’arrêt *Anns*, un vérificateur

of care to an innumerable number of parties on the basis of reasonable foreseeability alone (*Hercules*, at para. 32). We acknowledge that the *Anns/Cooper* framework, when applied to cases of negligent misrepresentation, will give rise to a far narrower scope of reasonably foreseeable injuries and, therefore, a narrower range of *prima facie* duties of care. This is no indictment of the *Anns/Cooper* analysis. Rather, it was the very purpose and effect of this Court's instruction in *Cooper* that “something more” than mere foreseeability is required at the first stage of the *Anns/Cooper* framework. By requiring examination of the relationship between the parties as we have just discussed, *Cooper* gave Canadian courts a more complete array of legal tools to determine whether it is “just and fair” to impose a *prima facie* duty of care.

(b) *Stage Two: Residual Policy Considerations*

[37] Where a *prima facie* duty of care is recognized on the basis of proximity and reasonable foreseeability, the analysis advances to stage two of the *Anns/Cooper* framework. Here, the question is whether there are “residual policy considerations” outside the relationship of the parties that may negate the imposition of a duty of care (*Cooper*, at para. 30; *Edwards*, at para. 10; *Odhavji*, at para. 51).

[38] By “residual”, we mean that such considerations “are not concerned with the relationship between the parties [already considered at stage one], but with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally” (*Cooper*, at para. 37; see also *Edwards*, at para. 10). To the extent, therefore, that stage one of the *prima facie* duty of care is said to engage “policy” considerations arising from the relationship between the parties — i.e., the recognition

peut avoir, sur le seul fondement de la prévisibilité raisonnable, une obligation de diligence *prima facie* à l'égard d'innombrables personnes (*Hercules*, par. 32). Nous reconnaissons qu'en l'appliquant aux affaires de déclaration inexacte faite par négligence, le cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* permettra de reconnaître une gamme beaucoup plus restreinte de préjudices raisonnablement prévisibles et, par conséquent, une gamme plus restreinte d'obligations de diligence *prima facie*. Il ne s'agit aucunement de critiquer le cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper*, mais plutôt de reconnaître que c'était là l'objectif même de la directive formulée par la Cour dans l'arrêt *Cooper* — soit que le premier volet du cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* exigeait « autre chose » que la simple prévisibilité. En rendant nécessaire l'examen de la relation entre les parties, comme nous venons de le voir, l'arrêt *Cooper* a mis à la disposition des tribunaux canadiens un complément d'outils juridiques servant à déterminer s'il est « juste et équitable » d'imposer une obligation de diligence *prima facie*.

b) *Deuxième volet : les considérations de politique résiduelles*

[37] Lorsque l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* est établie sur le fondement du lien de proximité et de la prévisibilité raisonnable, l'analyse passe au deuxième volet du cadre établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper*. Il s'agit alors de déterminer si « des considérations de politique résiduelles » étrangères au lien existant entre les parties sont susceptibles d'écarter l'imposition d'une obligation de diligence (*Cooper*, par. 30; *Edwards*, par. 10; *Odhavji*, par. 51).

[38] Par « résiduelles », nous voulons dire que ces considérations « ne portent pas sur le lien existant entre les parties [qui a déjà été examiné au premier volet du critère], mais sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général » (*Cooper*, par. 37; voir aussi *Edwards*, par. 10). Donc, dans la mesure où le premier volet relatif à l'obligation de diligence *prima facie* fait apparemment intervenir des

that it is sound “policy” to only hold defendants liable for negligence when they are in a proximate relationship with the plaintiff and when the injury suffered was reasonably foreseeable (see *Cooper*, at para. 25) — such “policy” considerations are not revisited at stage two (*ibid.*, at para. 28). Indeed such reconsideration would be both redundant and analytically confusing (*ibid.*, at para. 29).

[39] *Cooper*, and in particular, its strict delineation between “factors arising from the *relationship* between [the parties]” (para. 30 (emphasis in original)) and factors that “are not concerned with the relationship between the parties” (para. 37) has impacted the stage at which certain factors are considered within the *Anns/Cooper* framework. For example, principles that were traditionally considered at the second stage of the *Anns* test in cases of negligent misrepresentation, such as (1) whether the defendant knew the identity of the plaintiff or the class of plaintiffs who would rely on its representation; and (2) whether the reliance losses claimed by the plaintiff stem from the particular transaction in respect of which the statement at issue was made (*Hercules*, at paras. 27 and 40; *Bow Valley*, at paras. 55-56), are no longer considered at the second stage. This is because, as we have explained, these factors arise from the *relationship* between the parties and are, therefore, properly accounted for under the first stage proximity and reasonable foreseeability analysis.

[40] What, then, remains to be considered at the second stage of the *Anns/Cooper* framework? In *Cooper*, this Court identified factors which are external to the relationship between the parties, including (1) whether the law already provides a remedy; (2) whether recognition of the duty of care creates “the spectre of unlimited liability to an unlimited class”; and (3) whether there are “other reasons of broad policy that suggest that the duty of care should not be recognized” (para. 37). In this way, the residual policy inquiry is a normative inquiry. It asks whether it would be better, for reasons relating to

considérations « de politique » découlant du lien existant entre les parties — c.-à-d., où l’on reconnaît qu’il est judicieux de ne tenir un défendeur responsable de négligence que s’il a un lien de proximité avec le demandeur et que le préjudice subi était raisonnablement prévisible (voir *Cooper*, par. 25) — il n’y a pas lieu de réexaminer ces considérations « de politique » au deuxième volet (*ibid.*, par. 28). En effet, un tel réexamen serait redondant tout en prêtant à confusion sur le plan analytique (*ibid.*, par. 29).

[39] L’arrêt *Cooper*, et plus particulièrement la démarcation rigoureuse qu’il établit entre les facteurs « découlant du *lien* existant entre [les parties] » (par. 30 (souligné dans l’original)) et les facteurs qui « ne portent pas sur le lien existant entre les parties » (par. 37), a remis en cause l’étape à laquelle il faut tenir compte de certains facteurs selon le cadre d’analyse établi par les arrêts *Anns* et *Cooper*. Par exemple, les principes habituellement examinés au deuxième volet du critère de l’arrêt *Anns* dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence, à savoir (1) si le défendeur connaissait le demandeur ou la catégorie de demandeurs susceptibles de se fier à sa déclaration; et (2) si les pertes que le demandeur aurait subies en raison de la confiance qu’il a accordée au défendeur découlent de l’opération même visée par la déclaration en cause (*Hercules*, par. 27 et 40; *Bow Valley*, par. 55-56), ne sont plus examinées au second volet. En effet, comme nous l’avons expliqué, ces facteurs découlent du *lien* existant entre les parties et il en est donc dûment tenu compte au premier volet de l’analyse relative au lien de proximité et à la prévisibilité raisonnable.

[40] Que reste-t-il donc à examiner au deuxième volet du cadre établi par les arrêts *Anns* et *Cooper*? Dans *Cooper*, notre Cour a dégagé des facteurs qui sont étrangers au lien existant entre les parties, notamment (1) si la loi prévoit déjà une réparation; (2) s’il faut craindre le risque que la reconnaissance de l’obligation de diligence crée « une responsabilité illimitée pour un nombre illimité de personnes »; et (3) si « [d]’autres raisons de politique générale [indiquent] que l’obligation de diligence ne devrait pas être reconnue » (par. 37). En ce sens, l’analyse relative aux considérations de politique résiduelles est

legal or doctrinal order, or reasons arising from other societal concerns, not to recognize a duty of care in a given case.

[41] The place within the *Anns/Cooper* framework of this policy inquiry is significant. It follows the proximity and foreseeability inquiries. The policy inquiry assesses whether, *despite* the proximate relationship between the parties, and *despite* the reasonably foreseeable quality of the plaintiff's injury, the defendant should nonetheless be insulated from liability (*Cooper*, at para. 30; *Odhavji*, at para. 51). That it would limit liability in the face of findings of both proximity and reasonable foreseeability makes plain how narrowly it should be relied upon (*Cooper*, at para. 30, citing *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175 (P.C.); *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206, at p. 218). Only in rare cases — such as those concerning decisions of governmental policy (*Cooper*, at paras. 38 and 53) or quasi-judicial bodies (*ibid.*, at para. 52; *Edwards*, at para. 19) — should liability be denied when a defendant's negligence causes reasonably foreseeable injury to a plaintiff with whom he or she shares a close and direct relationship. In light of the above, the stage at which certain factors are considered in the *Anns/Cooper* framework is material.

[42] In this case, the Chief Justice finds that, if it were necessary to proceed to the second stage of the *Anns/Cooper* framework, she would insulate Deloitte from liability based on the residual policy consideration of indeterminacy (para. 166). We concede that indeterminate liability may, in some cases, be a legitimate residual policy consideration (*Cooper*, at paras. 37 and 54; *Hercules*, at para. 31). In our view, however, rarely, if ever, should a concern for indeterminate liability persist after a properly applied proximity and foreseeability analysis

une analyse normative. Elle appelle à déterminer s'il serait préférable, pour des raisons d'ordre juridique ou théorique, ou pour des raisons tenant à d'autres préoccupations sociales, de ne pas reconnaître l'existence d'une obligation de diligence dans un cas donné.

[41] La place qu'occupe l'examen des considérations de politique dans le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* est importante. Cet examen fait suite à ceux du lien de proximité et de la prévisibilité, et il vise à déterminer si, *malgré* le lien de proximité qui unit les parties, et *malgré* le caractère raisonnablement prévisible du préjudice subi par le demandeur, le défendeur devrait tout de même être exonéré de responsabilité (*Cooper*, par. 30; *Odhavji*, par. 51). La possibilité de limiter la responsabilité en dépit de la reconnaissance du lien de proximité et de la prévisibilité raisonnable démontre clairement à quel point il convient d'y recourir avec circonspection (*Cooper*, par. 30, citant *Yuen Kun Yeu c. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175 (C.P.); *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206, p. 218). Ce n'est qu'en de rares cas — tels les cas concernant des décisions de politique gouvernementale (*Cooper*, par. 38 et 53) ou des décisions prises par des organismes quasi judiciaires (*ibid.*, par. 52; *Edwards*, par. 19) — que le défendeur sera exonéré de responsabilité alors que sa négligence a causé un préjudice raisonnablement prévisible au demandeur, avec qui il a un lien étroit et direct. Eu égard à ce qui précède, l'étape à laquelle certains facteurs sont pris en considération dans le cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* revêt une importance.

[42] En l'espèce, la Juge en chef conclut que s'il était nécessaire de passer à la deuxième étape du cadre d'analyse énoncé dans les arrêts *Anns* et *Cooper*, elle exonérerait Deloitte de responsabilité en raison de la considération de politique résiduelle liée à l'indétermination (par. 166). Nous admettons que la responsabilité indéterminée peut, dans certains cas, constituer une considération de politique résiduelle légitime (*Cooper*, par. 37 et 54; *Hercules*, par. 31). Nous estimons toutefois qu'une préoccupation liée à la responsabilité indéterminée ne



(*Saadati*, at para. 34; *Fullowka*, at para. 70). Robust application of stage one of the *Anns/Cooper* framework should almost always obviate concerns for indeterminate liability. This follows from an appreciation of what indeterminate liability, as a concept, actually means.

[43] Indeterminate liability is liability of a specific *character*, not of a specific *amount*. In particular, indeterminate liability should not be confused with significant liability (*Gross v. Great-West Life Assurance Co.*, 2002 ABCA 37, 299 A.R. 142, at para. 38). Certain activities — like flying commercial aircraft, manufacturing pharmaceutical drugs, or auditing a large corporation — may well give rise to significant liability. But such liability arises from the nature of the defendant’s undertakings and of the severe but reasonably foreseeable scale of injury that can result where such undertakings are negligently performed. This explains the significant compensation which these high risk undertakings typically attract. It also explains why contractual disclaimers limiting liability may often be warranted (*Edgeworth*, at p. 220). In contrast, the liability arising from these “high risk” undertakings may only be characterized as “indeterminate” if the scope of such liability is impossible to ascertain (*Black’s Law Dictionary* (10th ed. 2014), *sub verbo* “indeterminate”). In other words, liability is truly “indeterminate” if “the accepted sources of law and the accepted methods of working with those sources such as deduction and analogy . . . are insufficient to resolve the question” (M. V. Tushnet, “Defending the Indeterminacy Thesis”, in B. Bix, ed., *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory* (1998), 223, at pp. 224-25). More specifically, there are three pertinent aspects to so-called “indeterminacy” in these cases: (1) value indeterminacy (“liability in an indeterminate amount”); (2) temporal indeterminacy (“liability . . . for an indeterminate time”); and (3) claimant indeterminacy (“liability . . . to an indeterminate class”): *Hercules*, at para. 31, citing *Ultramares*, at p. 444. Naturally, when a claim has value, temporal, and claimant indeterminacy, our legal tools are

devrait que rarement, voire jamais, subsister après une analyse correcte du lien de proximité et de la prévisibilité (*Saadati*, par. 34; *Fullowka*, par. 70). L’application rigoureuse du premier volet du cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* devrait dans presque tous les cas écarter les préoccupations liées à la responsabilité indéterminée. C’est ce qui ressort d’une appréciation de ce que signifie en réalité le concept de responsabilité indéterminée.

[43] La responsabilité indéterminée est une responsabilité de *nature* particulière et non d’une *importance* particulière. Plus précisément, il ne faut pas confondre responsabilité indéterminée et lourde responsabilité (*Gross c. Great-West Life Assurance Co.*, 2002 ABCA 37, 299 A.R. 142, par. 38). Certaines activités — comme le pilotage d’aéronefs commerciaux, la fabrication de médicaments pharmaceutiques ou la vérification de grandes sociétés — peuvent fort bien faire naître une lourde responsabilité. Or, une telle responsabilité tient à la nature des engagements pris par le défendeur et aux préjudices, graves mais raisonnablement prévisibles, qu’une exécution négligente risque de causer. C’est pour cette raison que ces engagements à risque élevé donnent habituellement lieu à des indemnités importantes. C’est aussi pour cette raison que les clauses contractuelles limitant la responsabilité peuvent souvent s’avérer nécessaires (*Edgeworth*, p. 220). Par contre, la responsabilité découlant de ces engagements « à risque élevé » ne peut être qualifiée d’« indéterminée » que s’il est impossible d’en établir la portée (*Black’s Law Dictionary* (10<sup>e</sup> éd. 2014), le mot « *indeterminate* »). Autrement dit, la responsabilité est réellement « indéterminée » si [TRADUCTION] « les sources de droit reconnues et leurs méthodes d’application reconnues, telles la déduction et l’analogie [. . .] ne permettent pas de trancher la question » (M. V. Tushnet, « Defending the Indeterminacy Thesis », dans B. Bix, dir., *Analyzing Law : New Essays in Legal Theory* (1998), 223, p. 224-225). Plus précisément, il y a trois aspects pertinents à ce qu’on appelle l’« indétermination » dans ces cas : (1) l’indétermination quant à la valeur (« responsabilité pour un montant indéterminé »), (2) l’indétermination temporelle (« responsabilité [. . .] pour un temps indéterminé »), et (3) l’indétermination quant au

insufficient to resolve the quantum of infinite damages that will flow from such a claim.

[44] All this said, it would be very difficult for liability of an indeterminate character, so understood, to survive a robust analysis of proximity and foreseeability at the first stage of the *Anns/Cooper* framework. In cases of negligent misrepresentation or performance of a service, the requisite proximity analysis will address claimant indeterminacy because the class of claimants is *determinate*, including only those in respect of whom the defendant undertook to act. Likewise, foreseeability, which is constrained by the purpose of the undertaking in question, should address concerns about value indeterminacy, because the value of damages is limited — that is, *determined* — by the reasonably foreseeable quality of the injury (*Hercules*, at para. 32). Finally, proximity and foreseeability should both address temporal indeterminacy since the longer the period of time over which injury is said to have occurred, the less likely the defendant undertook to protect against it and the less foreseeable the injury, taken as a whole. Hence Cardozo C.J.’s statement in the oft-cited *Ultramares* decision that a duty which gives rise to indeterminacy “enkindle[s] doubt whether a flaw may not exist in the implication of a duty that exposes to these consequences” (p. 444; see also Weinrib, at p. 231; Beever, at p. 275). In other words, a finding of indeterminate liability at the damages stage strongly suggests that a legal error occurred at the duty stage, since a finding of a *prima facie* duty of indeterminate scope underlies the resulting indeterminate liability.

demandeur (« responsabilité [. . .] à l’égard d’une catégorie indéterminée » de demandeurs): *Hercules*, par. 31, citant *Ultramares*, p. 444. Il va sans dire que, dans le cas d’une demande indéterminée quant à la valeur, au temps et aux demandeurs, les outils juridiques dont nous disposons ne permettent pas de déterminer le montant des dommages-intérêts à accorder pour les préjudices illimités qui découleront d’une telle demande.

[44] Cela dit, la responsabilité dite indéterminée saurait très difficilement résister à une analyse rigoureuse du lien de proximité et de la prévisibilité au premier volet du cadre d’analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper*. Dans le cas d’une déclaration inexacte faite par négligence ou de la prestation négligente d’un service, l’analyse requise du lien de proximité couvrira l’indétermination relative au demandeur parce que la catégorie de demandeurs est *déterminée*; seules sont visées les personnes envers qui le défendeur s’est engagé. De la même manière, la prévisibilité, qui est circonscrite par l’objet de l’engagement en question, devrait écarter les craintes relatives à l’indétermination quant à la valeur, parce que la valeur des dommages-intérêts est limitée — c.-à-d. *déterminée* — par le caractère raisonnablement prévisible du préjudice (*Hercules*, par. 32). Enfin, l’analyse du lien de proximité et de la prévisibilité devrait porter sur l’indétermination temporelle étant donné que, plus la période au cours de laquelle le préjudice aura été subi est longue, moins il est probable que ce préjudice soit visé par l’engagement du défendeur et qu’il soit prévisible, dans son ensemble. D’où la déclaration du juge en chef Cardozo dans l’arrêt *Ultramares* fréquemment cité, à savoir que l’obligation qui donne lieu à l’indétermination [TRADUCTION] « fait naître un doute quant à l’existence d’une erreur dans la reconnaissance d’une obligation qui expose à toutes ces conséquences » (p. 444; voir également Weinrib, p. 231; Beever, p. 275). En d’autres termes, une conclusion de responsabilité indéterminée tirée à l’étape de l’établissement d’un préjudice tend fortement à indiquer qu’une erreur de droit a été commise à l’étape de l’établissement d’une obligation, puisque la reconnaissance d’une obligation *prima facie* de portée indéterminée sous-tend la conclusion de responsabilité indéterminée.

[45] We would add one final point. Indeterminate liability is a residual policy consideration, nothing more. The presence of indeterminacy need not be dispositive of liability in all cases. To approach the analysis otherwise would transform indeterminate liability from a policy *consideration* into a policy *veto*. While indeterminacy may militate against liability, other policy considerations — such as the immense profit margins that “high risk” actors often benefit from, or the extent to which “high risk” actors voluntarily assume the risk of indeterminate liability — may ultimately justify maintaining that liability, despite its indeterminacy (Beever, at p. 293). Even, therefore, in the rare case where indeterminate liability survives the proximity and foreseeability inquiries, it is not automatic that such indeterminacy will necessarily govern (*Fullowka*, at para. 70). Indeed, any so-called “indeterminate liability” which survives stage one of the *Anns/Cooper* framework presumably arises from the risk against which the defendant voluntarily undertook to protect the plaintiff and, therefore, may justly and fairly result in liability.

#### B. *Application*

[46] Having set out the proper legal framework for establishing liability in cases of pure economic loss arising from negligent misrepresentation or performance of a service, we turn now to apply that framework to the trial judge’s two findings of negligence in this case.

[47] In summary, at the first stage of the *Anns/Cooper* framework, a duty of care is established where proximity and reasonably foreseeability of injury are found. In our view, Deloitte’s undertakings in relation to soliciting investment, and the 1997 Audit, gave rise to proximate relationships. The purpose of those undertakings, in turn, determines the type of injury that was reasonably foreseeable as a

[45] Nous tenons à ajouter une dernière remarque. La responsabilité indéterminée n’est rien de plus qu’une considération de politique résiduelle. La reconnaissance de l’indétermination n’a pas à trancher la question de la responsabilité dans tous les cas. Aborder l’analyse autrement ferait de la responsabilité indéterminée — une *considération* de politique générale — un *veto* de politique générale. Bien que l’indétermination puisse jouer contre la responsabilité, d’autres considérations de politique générale — par exemple, les marges de profit énormes dont bénéficient souvent les acteurs « qui prennent un risque élevé », ou la mesure dans laquelle ces acteurs assument volontairement le risque d’une responsabilité indéterminée — peuvent ultimement justifier le maintien de cette responsabilité, malgré son caractère indéterminé (Beever, p. 293). En conséquence, même dans les rares cas où la responsabilité indéterminée résiste aux analyses du lien de proximité et de la prévisibilité, l’indétermination ne primera pas nécessairement d’emblée (*Fullowka*, par. 70). D’ailleurs, toute soi-disant « responsabilité indéterminée » qui résiste au premier volet du cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* découle probablement du risque contre lequel le défendeur s’est engagé volontairement à protéger le demandeur, et peut donc entraîner, de façon juste et équitable, une responsabilité.

#### B. *Application*

[46] Maintenant que nous avons établi le cadre juridique permettant de déterminer la responsabilité dans le cas d’une perte purement économique découlant d’une déclaration inexacte faite par négligence ou de la prestation négligente d’un service, il nous faut maintenant l’appliquer aux deux conclusions de négligence formulées par le juge de première instance en l’espèce.

[47] En résumé, à la première étape du cadre d’analyse énoncé dans *Anns* et *Cooper*, il y a obligation de diligence si la proximité et la prévisibilité raisonnable du préjudice sont établies. À notre avis, les engagements de Deloitte relativement à la sollicitation d’investissements, et le rapport de 1997, ont donné lieu à des liens de proximité. Les fins pour lesquelles ces engagements ont été pris déterminent

result of Livent's reliance. Livent relied on the 1997 Audit for the purpose it was provided. Thus, a resulting injury was reasonably foreseeable. The same cannot be said, however, in respect of Deloitte's negligent assistance in soliciting investment.

[48] At the second stage of the *Anns/Cooper* framework, residual policy considerations may negate Deloitte's duty of care. But none apply to the negligent provision of the 1997 Audit.

- (1) Solicitation of Investment (August to October 1997)
- (a) *Prima Facie Duty of Care*
- (i) Proximity

[49] The proximity analysis first asks whether the relationship at issue falls within, or is analogous to, a previously recognized category of proximity (*Cooper*, at para. 36; *Edwards*, at para. 9).

[50] In *Hercules*, this Court found that an auditor may be in a proximate relationship with its corporate client sufficient to give rise to a duty of care. That proximate relationship was not, however, between an auditor and its client at large. Rather, the recognized relationship was limited to the preparation of a statutory audit (para. 14).

[51] In this case, the asserted proximate relationship is not so narrow in scope. Livent claims that Deloitte owed it a duty of care in relation both to (1) the preparation of the 1997 Audit; and (2) the approval of the Press Release and preparation of the Comfort Letter. We see it as vital to the resolution of this case to distinguish between these two sets of documents.

quant à eux le type de préjudice qui était raisonnablement prévisible en raison du fait que Livent s'est fiée à ces engagements et ce rapport. Livent s'est fiée au rapport de 1997 aux fins pour lesquelles il a été préparé. Le préjudice qui en a résulté était donc raisonnablement prévisible. Toutefois, on ne peut dire la même chose pour l'aide entachée de négligence que Deloitte a fournie en ce qui a trait à la sollicitation d'investissements.

[48] À la deuxième étape du cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper*, des considérations de politique résiduelles peuvent écarter l'obligation de diligence de Deloitte. Cependant, aucune ne s'applique à la préparation entachée de négligence du rapport de 1997 par Deloitte.

- (1) Sollicitation d'investissements (août à octobre 1997)
- a) *Obligation de diligence prima facie*
- (i) Lien de proximité

[49] L'analyse relative au lien de proximité consiste d'abord à se demander si le lien en question appartient, ou s'il est analogue, à l'une des catégories de liens qui ont déjà été reconnues (*Cooper*, par. 36; *Edwards*, par. 9).

[50] Dans *Hercules*, notre Cour a conclu que le lien entre un vérificateur et son entreprise cliente pouvait être suffisamment étroit pour donner lieu à une obligation de diligence. Il ne s'agissait cependant pas d'un lien de proximité entre un vérificateur et son client en général. Le lien ainsi reconnu se limitait à la préparation d'une vérification exigée par la loi (par. 14).

[51] Dans l'affaire qui nous occupe, le lien de proximité invoqué n'est pas de portée si limitée. Livent affirme que Deloitte avait envers elle une obligation de diligence relativement à (1) la préparation du rapport de 1997; et à (2) l'approbation du communiqué de presse et la rédaction de la lettre de confort. Nous estimons primordial pour l'issue du présent pourvoi de faire une distinction entre ces deux catégories de documents.

[52] The mere fact that proximity has been recognized as existing between an auditor and its client for *one* purpose is insufficient to conclude that proximity exists between the same parties for *all* purposes. As discussed above, an overly broad characterization of an established category of proximity which fails to consider the scope of activity in respect of which proximity was previously recognized, risks a premature imposition of a *prima facie* duty of care. In our respectful view, this very error impairs the reasons of the trial judge and the Court of Appeal. This approach is fundamentally inconsistent with the framework set out by this Court in *Cooper*. For this reason, we do not agree that this Court has previously established a proximate relationship as between an auditor and its client for the purposes of soliciting investment. In these circumstances, we must undertake a full proximity analysis.

[53] As we have indicated above, the full proximity analysis in cases of negligent misrepresentation is focussed upon the purpose of the defendant's undertaking and the plaintiff's reliance. From August to October of 1997, the services which Deloitte provided to Livent — particularly its ongoing assistance in relation to the Press Release and the provision of the Comfort Letter — were undertaken for the purpose of helping Livent to solicit investment. Given this undertaking, Livent was entitled to rely upon Deloitte to carry out these services with reasonable care. From this, it follows that a relationship of proximity arose *in respect of the content of Deloitte's undertaking*. Deloitte's undertaking did *not* entitle Livent to rely on Deloitte's services and representations for *all* possible purposes. Rather, the "close and direct" relationship which obligated Deloitte to act with reasonable care was limited to the purpose for which Deloitte undertook to act. In this regard, we agree with the Chief Justice that "[l]oss that results from [Livent's] inability to attract investment . . . may fall within the scope of Deloitte's duty of care", though only in relation to the Press Release and Comfort Letter (para. 153).

[52] Le simple fait que l'existence d'un lien de proximité ait été reconnue entre un vérificateur et son client pour *une* fin donnée n'est pas suffisant pour conclure à l'existence d'un lien de proximité entre les mêmes parties pour *toutes* les fins. Rappelons qu'une interprétation trop large d'une catégorie établie de liens de proximité qui ne tient pas compte du champ d'activité à l'égard duquel l'existence d'un lien a déjà été établie risque de donner lieu à l'imposition prématurée d'une obligation de diligence *prima facie*. En toute déférence, c'est cette erreur même qui vicie les motifs du juge de première instance et de la Cour d'appel. Cette approche est fondamentalement incompatible avec le cadre d'analyse établi par notre Cour dans l'arrêt *Cooper*. Pour ce motif, nous ne reconnaissons pas que la Cour a déjà établi l'existence d'un lien de proximité entre un vérificateur et son client à des fins de sollicitation de fonds d'investissement. Dans ces circonstances, nous devons procéder à une analyse exhaustive du lien de proximité.

[53] Comme nous l'avons déjà indiqué, dans le cas d'une déclaration inexacte faite par négligence, une telle analyse est axée sur l'objet de l'engagement du défendeur et le fait pour le demandeur de s'y fier. D'août à octobre 1997, les services que Deloitte a fournis à Livent — notamment une assistance constante concernant le communiqué de presse et la fourniture de la lettre de confort — avaient pour objet d'aider Livent à solliciter des investissements. Compte tenu de cet engagement, il était permis à Livent de s'attendre à ce que Deloitte agisse avec diligence raisonnable dans la prestation de ces services. Partant, il existe un lien de proximité *quant au contenu de l'engagement pris par Deloitte*. L'engagement de Deloitte *ne* permettait *pas* à Livent de se fier aux déclarations et aux services fournis par Deloitte à *toutes* les fins possibles. En fait, le lien « étroit et direct » qui obligeait Deloitte à faire preuve de diligence raisonnable se limitait à l'objet de l'engagement pris par celle-ci. À cet égard, nous sommes d'accord avec la Juge en chef pour dire que « [l]es pertes découlant de l'incapacité [de Livent] à attirer des investissements [. . .] peuvent [. . .] être visées par l'obligation de diligence de Deloitte », mais seulement relativement au communiqué de presse et à la lettre de confort (par. 153).

(ii) Reasonable Foreseeability

[54] Having established a relationship of proximity for the purpose of soliciting investment, Livent asserts that the increase in its liquidation deficit beginning in the fall of 1997 was a reasonably foreseeable consequence of Deloitte's negligence, because "[t]he false financial picture that ought not to have been certified by Deloitte" was relied upon by Livent to artificially extend its solvency (R.F., at para. 108). In other words, had Deloitte resigned rather than continued to assist Livent in soliciting investment, Livent would have known its actual finances and avoided their interim deterioration. In our view, however, this type of injury was not a reasonably foreseeable consequence of Deloitte's negligent assistance in soliciting investment. This follows from our earlier observations about how the scope of the parties' proximate relationship limits the type of injuries that are reasonably foreseeable.

[55] In cases of negligent misrepresentation or performance of a service, a plaintiff's injury will be reasonably foreseeable where (1) the defendant should reasonably foresee that the plaintiff will rely on his or her representation; and (2) reliance by the plaintiff would, in the particular circumstances of the case, be reasonable (*Hercules*, at para. 27). Whether reliance is reasonable and reasonably foreseeable will turn on whether the plaintiff had a right to rely on the defendant *for that purpose*. Here, Livent argues that it detrimentally relied on Deloitte's services and representations to artificially extend the life of the corporation. This reliance is not, however, tied to the solicitation of investment, but was a matter of oversight of management. Phrased in terms of Deloitte's undertaking, during the fall of 1997 Deloitte undertook to assist Livent in soliciting investment, not in oversight of management. Losses related to this undertaking — for example, an inability to solicit investment because of Deloitte's negligence — may be recoverable from Deloitte. But losses outside the scope of this undertaking, including those claimed here relating to a lack of oversight of management

(ii) Prévisibilité raisonnable

[54] Livent a établi l'existence d'un lien de proximité ayant comme fin la sollicitation d'investissements, et elle affirme que l'augmentation de son déficit de liquidation à partir de l'automne 1997 était une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence de Deloitte, parce qu'elle s'était fiée au [TRADUCTION] « faux portrait financier que Deloitte n'aurait pas dû attester » pour prolonger artificiellement sa solvabilité (m.i., par. 108). En d'autres termes, si Deloitte avait démissionné plutôt que de continuer à aider Livent à solliciter des investissements, Livent aurait su quelle était sa situation financière réelle et aurait évité qu'elle se détériore entre-temps. Or, nous estimons que ce type de préjudice ne constitue pas une conséquence raisonnablement prévisible de l'assistance fournie par Deloitte de manière négligente en vue de solliciter des investissements. C'est ce qui ressort de nos observations précédentes quant à la façon dont la portée du lien de proximité entre les parties a pour effet de circonscrire le type de préjudices raisonnablement prévisibles.

[55] Dans le cas d'une déclaration inexacte faite par négligence ou de la prestation négligente d'un service, le préjudice subi par le demandeur sera raisonnablement prévisible (1) lorsque le défendeur pourrait raisonnablement prévoir que le demandeur se fier à sa déclaration; et (2) lorsque, dans les circonstances particulières de l'affaire, la confiance du demandeur serait raisonnable (*Hercules*, par. 27). Pour déterminer si la confiance du demandeur est raisonnable et raisonnablement prévisible, il faut se demander si le demandeur pouvait se fier au défendeur *à cette fin précise*. En l'espèce, Livent plaide qu'elle s'est fiée à son détriment aux déclarations et aux services fournis par Deloitte pour prolonger artificiellement l'existence de l'entreprise. Cette confiance n'est cependant pas liée à la sollicitation de fonds d'investissement, mais plutôt à la surveillance de la gestion. Aux termes de l'engagement pris par Deloitte, au cours de l'automne 1997, celle-ci s'est engagée à aider Livent à solliciter des fonds d'investissement, non pas à surveiller la gestion. Les pertes associées à cet engagement — par exemple, l'incapacité de solliciter des investissements en

extending Livent's solvency, are not recoverable from Deloitte. Simply put, Deloitte never undertook, in preparing the Comfort Letter, to assist Livent's shareholders in overseeing management; it cannot therefore be held liable for failing to take reasonable care to assist such oversight. And, given that Livent had no right to rely on Deloitte's representations for a purpose other than that for which Deloitte undertook to act, Livent's reliance was neither reasonable nor reasonably foreseeable. Consequently, the increase in Livent's liquidation deficit which arose from its reliance on the Press Release and Comfort Letter was not a reasonably foreseeable injury.

[56] This is not to say that Livent had no resources for oversight at the time Deloitte assisted in soliciting investment. Indeed, for internal oversight purposes, Livent could reasonably rely on Deloitte's 1996 Audit. Unlike the Comfort Letter, the 1996 Audit was prepared for the purpose of assisting shareholder oversight of management. As a consequence, its negligent preparation could result in reasonably foreseeable injury flowing from the shareholders' inability to oversee management. The trial judge, however, made a finding of fact that any negligence in Deloitte's preparation of the 1996 Audit caused no injury to Livent. As this finding has not been cross-appealed by Livent, we make no further comment on it.

(b) *Residual Policy Considerations*

[57] Having concluded that no *prima facie* duty of care arose in respect of Deloitte's assistance in soliciting investment and the resulting increase in Livent's liquidation deficit, there is no need to consider residual policy considerations.

raison de la négligence de Deloitte — sont susceptibles d'indemnisation par Deloitte. Ce n'est cependant pas le cas des pertes qui échappent à la portée de cet engagement, notamment celles qui sont liées à l'absence de surveillance de la gestion dont l'effet a été de prolonger la solvabilité de Livent. Autrement dit, en préparant la lettre de confort, Deloitte ne s'est jamais engagée à aider les actionnaires de Livent à surveiller la gestion. Deloitte ne saurait donc être tenue responsable pour avoir omis de faire preuve de diligence raisonnable afin de faciliter cette surveillance. Et puisque Livent n'avait aucun droit de se fier aux déclarations de Deloitte à une fin autre que celle visée par l'engagement de cette dernière, la confiance de Livent n'était ni raisonnable ni raisonnablement prévisible. En conséquence, l'augmentation du déficit de liquidation de Livent découlant du fait que celle-ci s'est fiée au communiqué de presse et à la lettre de confort ne constituait pas un préjudice raisonnablement prévisible.

[56] Cela ne veut pas dire que Livent ne disposait d'aucun moyen de surveiller la gestion à l'époque où Deloitte l'a aidée à solliciter des investissements. En effet, pour les besoins d'une surveillance interne, Livent pouvait raisonnablement se fier au rapport de 1996 préparé par Deloitte. Contrairement à la lettre de confort, le rapport de 1996 avait pour objet d'aider les actionnaires à surveiller la gestion. Par conséquent, sa préparation négligente pouvait causer un préjudice raisonnablement prévisible, les actionnaires étant incapables de surveiller la gestion. Le juge de première instance a toutefois conclu en fait que la négligence dont Deloitte avait fait preuve dans la préparation du rapport de 1996 n'avait causé aucun préjudice à Livent. Puisque Livent n'a pas formé de pourvoi incident contre cette conclusion, nous nous abstenons de toute autre remarque à ce sujet.

(b) *Considérations de politique résiduelles*

[57] Ayant conclu à l'absence d'une obligation de diligence *prima facie* pour ce qui est de la collaboration de Deloitte dans la sollicitation de fonds d'investissement et de l'augmentation consécutive du déficit de liquidation de Livent, point n'est besoin d'examiner les considérations de politique résiduelles.

(2) 1997 Clean Audit Opinion (April 1998)

(a) *Prima Facie Duty of Care*

(i) Proximity

[58] This Court has previously established that an auditor owes its corporate client a duty of care in the preparation of a statutory audit. It follows that the established proximate relationship in *Hercules* will be dispositive of the existence of a duty of care in this case, unless the purpose of Deloitte's undertaking to prepare such an audit in this case can be distinguished from the undertaking in *Hercules*. As we will show, it cannot.

[59] In *Hercules*, at para. 48, this Court cited Lord Oliver's statement in *Caparo*, at p. 583, identifying the purposes of a statutory audit:

It is the auditors' function to ensure, so far as possible, that the financial information as to the company's affairs prepared by the directors accurately reflects the company's position in order, first, to protect the company itself from the consequences of undetected errors or, possibly, wrongdoing . . . and, second, to provide shareholders with reliable intelligence for the purpose of enabling them to scrutinise the conduct of the company's affairs and to exercise their collective powers to reward or control or remove those to whom that conduct has been confided. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

[60] These purposes, according to La Forest J., were no different under the statutory audit provisions in Manitoba's *Corporations Act*, R.S.M. 1987, c. C225, which were at issue in *Hercules*. Regarding the second purpose, this Court stated that a statutory audit was necessary to "permit the shareholders, as a body, to make decisions as to the manner in which they want the corporation to be managed, to assess the performance of the directors and officers, and to decide whether or not they wish to retain the existing management or to have them replaced" (*Hercules*, at para. 49). The purpose of the audited

(2) Opinion sans réserve pour l'exercice 1997 (avril 1998)

a) *Obligation de diligence prima facie*

(i) Proximité

[58] Notre Cour a déjà établi que le vérificateur est tenu à l'égard d'une société cliente à une obligation de diligence dans la préparation d'une vérification exigée par la loi. Il s'ensuit que le lien de proximité reconnu dans l'arrêt *Hercules* sera déterminant pour ce qui est de l'existence d'une obligation de diligence en l'espèce, à moins que la fin à laquelle Deloitte s'est engagée à préparer cette vérification soit différente de celle en cause dans l'arrêt *Hercules*. Comme nous le verrons, elle ne l'est pas.

[59] Dans l'arrêt *Hercules*, par. 48, notre Cour a cité les propos formulés par lord Oliver dans l'arrêt *Caparo*, p. 583, au sujet des objectifs d'une vérification exigée par la loi :

[TRADUCTION] Il appartient aux vérificateurs de s'assurer, autant que possible, que l'information financière relative aux affaires de la société préparée par les administrateurs reflète exactement la situation de la société, afin, premièrement, de protéger la société elle-même contre les conséquences d'erreurs ou, peut-être, de fautes non décelées [ . . . ] et, deuxièmement, de fournir aux actionnaires des renseignements fiables qui leur permettront d'examiner soigneusement la gestion des affaires de la société et d'exercer leurs pouvoirs collectifs de récompenser, de contrôler ou de destituer ceux à qui cette gestion a été confiée. [Nous soulignons; soulignement dans l'original omis.]

[60] Selon le juge La Forest, ces buts ne diffèrent pas de ceux visés aux dispositions relatives à la vérification exigée par la *Loi sur les corporations*, L.R.M. 1987, c. C225, du Manitoba, en cause dans *Hercules*. Au sujet du deuxième but, notre Cour a déclaré qu'une vérification exigée par la loi était nécessaire afin de « permettre [aux actionnaires], en tant qu'entité, de prendre des décisions quant à la façon dont ils veulent que la société soit gérée, d'évaluer le rendement des administrateurs et des dirigeants, et de décider s'ils veulent les garder en poste ou les remplacer » (*Hercules*, par. 49). Ainsi,



reports then “was, precisely, to assist the collectivity of shareholders of the audited companies in their task of overseeing management” (*ibid.*).

[61] No party before us has suggested that the purposes for which a statutory audit is prepared, and which have been recognized in Canadian law for 20 years, have changed. These purposes are consistent with the governing statute in this case: Ontario’s *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16 (“*OBCA*”). In particular, ss. 153 and 154 of the *OBCA* require Deloitte, as Livent’s auditor, to examine Livent’s financial statements in order for Livent’s directors to fulfill their obligation to place a yearly statutory audit before its shareholders at the annual general meeting. And, while the engagement letters between Deloitte and Livent indicated that the detection of fraud was not guaranteed even where Deloitte acted with all reasonable care, they did not disclaim liability for negligently failing to uncover fraud. Thus, in our view, Deloitte did not alter the purpose for which it undertook to provide the 1997 Audit or disclaim liability in relation to that purpose.

[62] Given the foregoing, no basis exists for distinguishing the purpose of the statutory audit in this case from the purpose which underlay the statutory audit in *Hercules*. It follows that proximity is established between Livent and Deloitte in relation to the statutory audit, on the basis of the previously recognized proximate relationship identified by this Court.

(ii) Reasonable Foreseeability

[63] Livent says that the increase in its liquidation deficit was a reasonably foreseeable consequence of Deloitte’s negligent audit, because the audit preserved a false financial picture upon which Livent relied to artificially extend its solvency and delay filing for bankruptcy. In other words, if Deloitte had taken reasonable care in auditing Livent, then

le but des rapports de vérification « était précisément d’aider la collectivité des actionnaires des sociétés vérifiées à en surveiller la gestion » (*ibid.*).

[61] Aucune des parties devant nous n’a prétendu que les buts visés par la préparation de la vérification exigée par la loi, qui sont reconnus en droit canadien depuis une vingtaine d’années, ont changé. Ces buts sont compatibles avec la loi ontarienne applicable en l’espèce, la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, c. B.16 (« *LSAO* »). Plus particulièrement, les art. 153 et 154 de la *LSAO* exigent que Deloitte, en tant que vérificateur de Livent, procède à l’examen des états financiers de cette dernière afin que les administrateurs de Livent puissent s’acquitter de leur obligation de soumettre chaque année aux actionnaires, lors de l’assemblée générale annuelle, un rapport du vérificateur. Par ailleurs, bien qu’il fût précisé dans les lettres de mission entre Deloitte et Livent que la détection de la fraude n’était pas garantie même si Deloitte prenait toutes les précautions raisonnables, elles ne libéraient pas cette dernière de sa responsabilité en cas d’omission, par négligence, de détecter une fraude. Nous estimons donc que Deloitte n’a pas modifié le but dans lequel elle s’est engagée à produire le rapport de 1997 ni ne s’est déchargée de toute responsabilité à l’égard de ce but.

[62] Compte tenu de ce qui précède, aucune raison ne justifie d’établir une distinction entre le but de la vérification exigée par la loi en l’espèce et le but qui sous-tendait la vérification exigée par la loi en cause dans l’arrêt *Hercules*. Il s’ensuit que l’existence d’un lien de proximité est établie entre Livent et Deloitte quant à la vérification exigée par la loi, compte tenu du rapport de proximité déjà reconnu par notre Cour.

(ii) Prévisibilité raisonnable

[63] Livent affirme que l’augmentation de son déficit de liquidation était une conséquence prévisible de la vérification négligente de Deloitte, parce que le rapport de vérification a préservé un faux portrait financier sur lequel Livent s’est appuyée pour prolonger de façon artificielle sa solvabilité et retarder sa mise en faillite. Autrement dit, si Deloitte avait

Livent would have discovered the fraud and avoided the interim deterioration of its assets.

[64] In our view, this type of injury was a reasonably foreseeable consequence of Deloitte's negligent audit. The purpose of the 1997 Audit was, as this Court described in *Hercules*, two-fold: (1) to protect the company from the consequences of undetected errors and wrongdoing; and (2) to provide shareholders with reliable intelligence enabling oversight (para. 48, citing *Caparo*, at p. 583). Those purposes, as we have already described in our discussion of proximity generally, inform the scope of reasonably foreseeable injury. Specifically, at the time Deloitte undertook to provide the 1997 Audit, Livent was entitled to rely on Deloitte to take reasonable care in doing so for these recognized purposes. Livent's reliance on Deloitte for the purpose of overseeing the conduct of management was therefore both reasonable and reasonably foreseeable. And, as Livent's injury arises from its detrimental reliance, the injury linked to that reliance is itself reasonably foreseeable.

[65] It follows that the type of injury Livent suffered here was a reasonably foreseeable consequence of Deloitte's negligence. Through the 1997 Audit, Deloitte undertook to assist Livent's shareholders in scrutinizing management conduct. By negligently conducting the audit, and impairing Livent's shareholders' ability to oversee management, Deloitte exposed Livent to reasonably foreseeable risks, including "business losses" that would have been avoided with a proper audit. Indeed, the risk of injury flowing from undetected fraud is *precisely* the type of injury statutory audits seek to avoid.

[66] We add one final point in this regard. In *Hercules* (at para. 48), this Court cited *Caparo* for

pris des précautions raisonnables en procédant à la vérification des états financiers de Livent, cette dernière aurait découvert la fraude et évité la dévalorisation de son actif entre-temps.

[64] À notre avis, ce type de préjudice était une conséquence raisonnablement prévisible de la vérification négligente faite par Deloitte. Le but du rapport de 1997 était double, comme la Cour l'a indiqué dans *Hercules* : (1) protéger la société contre les conséquences d'erreurs et de fautes non décelées; et (2) fournir aux actionnaires des renseignements fiables qui leur permettront d'examiner la gestion de l'entreprise (par. 48, citant *Caparo*, p. 583). Ces buts, comme nous l'avons déjà expliqué de façon générale dans notre analyse de la proximité, précisent la portée du préjudice raisonnablement prévisible. Plus précisément, au moment où Deloitte s'est engagée à produire le rapport de 1997, Livent était en droit de s'attendre à ce que Deloitte prenne des précautions raisonnables pour le préparer dans le respect de ces buts reconnus. Que Livent s'en soit remise à Deloitte dans le but de surveiller la conduite de la gestion était donc aussi raisonnable que raisonnablement prévisible. Et, puisque le préjudice subi par Livent découle de la confiance qu'elle a eue à son détriment, le préjudice lié à cette confiance était lui-même raisonnablement prévisible.

[65] Il s'ensuit que le type de préjudice subi par Livent en l'espèce était une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence de Deloitte. Par le rapport de 1997, Deloitte s'est engagée à aider les actionnaires de Livent à examiner en détail la conduite de la gestion. En effectuant cette vérification avec négligence, et en restreignant la capacité des actionnaires de Livent à surveiller la gestion, Deloitte a exposé Livent à des risques raisonnablement prévisibles, notamment à des « pertes d'entreprise » qu'une vérification adéquate aurait permis d'éviter. D'ailleurs, le risque de préjudice découlant d'une fraude non détectée est *précisément* le type de préjudice qu'une vérification exigée par la loi vise à prévenir.

[66] Un dernier point à cet égard. Dans l'arrêt *Hercules* (par. 48), la Cour a cité l'arrêt *Caparo* à

the proposition that statutory audits are conducted, in part, “to provide shareholders with reliable intelligence for the purpose of enabling them to scrutinise the conduct of the company’s affairs”. If subsequent business decisions that would not have survived such scrutiny do not fall within the scope of an auditor’s duty of care, one wonders what injury, if any, could result in liability for a negligent audit with respect to this recognized auditing purpose. Corporate scrutiny connotes both *knowledge* of problems within the corporation, and *decisions* reflecting an appreciation of those problems. Indeed, it is only by acting on the knowledge contained in an audit that is the product of reasonable care that corporation’s avoid losses that would have otherwise occurred without that audit.

(b) *Residual Policy Considerations*

[67] Having found a proximate relationship based on a previously recognized category, we need not consider residual policy considerations to negate or limit the scope of the duty of care (*Cooper*, at para. 39). Nonetheless, as the Chief Justice finds, in the alternative, that the policy consideration of indeterminate liability would deny recovery in this case (paras. 165-66), it is useful to examine how the established proximate relationship engaged in this case precludes indeterminate liability.

[68] As discussed, the character of indeterminacy in these cases has three pertinent aspects: (1) temporal; (2) claimant; and (3) value (*Hercules*, at para. 31, citing *Ultramares*, at p. 444). None of them arise here, consistent with our earlier observation that a robust application of the *Anns/Cooper* framework will usually, if not always, preclude the imposition of liability that is in any way indeterminate (*Saadati*, at para. 34; *Fallowka*, at para. 70).

l’appui de la proposition selon laquelle les vérifications exigées par la loi visent notamment à « fournir aux actionnaires des renseignements fiables qui leur permettront d’examiner soigneusement la gestion des affaires de la société ». Si les décisions d’affaires prises par la suite — qui n’auraient pas résisté à un tel examen — ne relèvent pas de l’obligation de diligence du vérificateur, on peut se demander quel préjudice, s’il en est, pourrait donner lieu à une responsabilité pour vérification négligente quant à ce but reconnu de la vérification. La surveillance des affaires d’une entreprise suppose non seulement que l’on *connaît* les problèmes de celle-ci, mais aussi que l’on prend des *décisions* témoignant d’une compréhension de ces problèmes. En fait, ce n’est qu’en agissant en fonction des renseignements contenus dans un rapport de vérification préparé de façon raisonnablement diligente qu’une entreprise peut éviter des pertes auxquelles elle n’aurait pu échapper sans cette vérification.

b) *Considérations de politique résiduelles*

[67] Ayant conclu à l’existence d’un lien de proximité relevant d’une catégorie déjà reconnue, point n’est besoin d’examiner les considérations de politique résiduelles qui écarteraient l’obligation de diligence ou en restreindraient la portée (*Cooper*, par. 39). Néanmoins, comme la Juge en chef conclut, subsidiairement, que la considération de politique de la responsabilité indéterminée empêcherait toute indemnisation en l’espèce (par. 165-166), il est utile d’examiner comment le lien de proximité établi en l’espèce rend impossible la responsabilité indéterminée.

[68] Comme nous l’avons vu, l’indétermination dans de tels cas peut être considérée sous trois aspects pertinents : (1) un temps indéterminé, (2) un demandeur indéterminé et (3) un montant indéterminé (*Hercules*, par. 31, citant *Ultramares*, p. 444). Aucun de ces aspects n’est présent en l’espèce, ce qui est conforme à l’observation que nous avons formulée plus tôt, selon laquelle une application rigoureuse du cadre d’analyse retenu dans les arrêts *Anns* et *Cooper* aura habituellement, sinon toujours, pour effet d’empêcher l’imposition d’une responsabilité qui soit de quelque façon indéterminée (*Saadati*, par. 34; *Fallowka*, par. 70).

[69] Here, as to temporal indeterminacy, any suggestion that Livent could recover indefinitely from the negligent preparation of the 1997 Audit fundamentally mischaracterizes the scope of *annual* statutory audits. The injury flowing from the 1997 Audit could not be assessed over an *indeterminate* time window. Rather, statutory audits must occur annually (*OBCA*, s. 154). As a result, the liability that could attach to one year’s negligent audit could not extend beyond the following year’s audit, which would effectively supersede the prior year’s audit as the factual and legal cause of the injury alleged. Put simply, the time window during which liability might flow from a single negligent statutory audit is not indeterminate. It is one year.

[70] Regarding claimant indeterminacy, the class of claimants here could not be further from *indeterminate*: it represents one single claimant — Livent. In *Hercules*, this Court noted that “audit reports will be relied on by many different people (e.g., shareholders, creditors, potential take-over bidders, investors, etc.)” (para. 32). That claim gave rise to indeterminate liability because the class of claimants (the “many different people”) was indeterminate. For example, any number of investors could rely on an audit to inform their investment decisions. This case, in contrast, is entirely distinguishable. The fact of a single potential claimant raises no concern of claimant indeterminacy.

[71] We note, parenthetically, that Deloitte characterizes Livent’s claim as, in reality (that is, in light of its insolvency), a claim by its various stakeholders. But this submission conflates the plaintiff, Livent, with the stakeholders who may benefit from the success of Livent’s claim, thereby disregarding Livent’s separate corporate personality. More importantly, it directly contradicts this Court’s holding

[69] En l’espèce, au regard de l’indétermination temporelle, toute prétention voulant que Livent puisse être indemnisée pendant un temps indéterminé du fait de la préparation négligente du rapport de 1997 dénature fondamentalement la portée des vérifications *annuelles* exigées par la loi. L’évaluation du préjudice découlant du rapport de 1997 ne saurait porter sur une période *indéterminée*. Au contraire, les vérifications exigées par la loi doivent se faire sur une base annuelle (*LSAO*, art. 154). Partant, la responsabilité qui pourrait s’attacher à la vérification négligente pour un exercice en particulier ne saurait aller au-delà de la vérification pour l’exercice suivant, laquelle remplacerait en fait la vérification antérieure en tant que cause factuelle et juridique du préjudice allégué. En termes simples, le délai pendant lequel il est possible d’encourir une responsabilité en raison d’une seule vérification exigée par la loi entachée de négligence n’est pas indéterminé. Il est de un an.

[70] Pour ce qui est de l’indétermination quant au demandeur, la catégorie de demandeurs visée en l’espèce ne pourrait être moins *indéterminée* : elle est constituée d’un seul demandeur — Livent. Dans l’arrêt *Hercules*, notre Cour a fait remarquer que « différentes personnes (par exemple, des actionnaires, des créanciers, les auteurs éventuels d’une offre de prise de contrôle, des investisseurs, etc.) se fieront [. . .] à leurs rapports de vérification » (par. 32). Ce recours a donné lieu à une responsabilité indéterminée parce que la catégorie de demandeurs (les « différentes personnes ») était indéterminée. Par exemple, un nombre indéterminé d’investisseurs pouvaient se fier au rapport de vérification pour éclairer leurs décisions en matière d’investissement. La présente affaire est, par contre, totalement différente. Le fait qu’il n’y a qu’un seul demandeur potentiel écarte toute possibilité d’indétermination.

[71] Soulignons en passant que Deloitte dit de l’action intentée par Livent qu’elle est intentée, en réalité (c’est-à-dire, à la lumière de son insolvabilité), par ses différentes parties intéressées. Or, cet argument confond la demanderesse, Livent, avec ses parties intéressées qui pourraient tirer profit du succès de l’action intentée par elle, et fait ainsi abstraction de la personnalité morale distincte de Livent.

in *Hercules* that a derivative action — which, too, could benefit various stakeholders — is the appropriate vehicle for a claim regarding a negligent statutory audit (paras. 1 and 58-64).

[72] The absence of temporal and claimant indeterminacy in turn explains the absence of value indeterminacy in this case. Here, Livent’s improvident use of investment funds could not result in liability of an *indeterminate* value. Rather, the liability in this case could not exceed the losses of a single corporation. When undertaking to audit Livent, Deloitte must have known that Livent was a substantial corporation, and in turn, that it could suffer large financial losses if misinformed by its auditor. But *significant* liability is distinct from *indeterminate* liability (*Gross*, at para. 38). Put differently, Deloitte was, indeed, “able to gauge the scale of its potential liability” before undertaking the 1997 Audit (Chief Justice’s reasons, at para. 176). This is a far cry from the limitless potential quantum of lost investments by innumerable third parties relying on audit statements for their own investment decisions (see *Hercules*, at para. 32). The concern that Deloitte did not know “the scope of [its] liability at the time [it took] on [its] engagement” with Livent (Chief Justice’s reasons, at para. 176) conflates *indeterminate* liability with *undetermined* liability.

[73] The Chief Justice describes the liability sought to be imposed here as “indeterminate” because Livent’s reliance purportedly fell outside the scope of Deloitte’s undertaking (para. 170). We disagree. To the contrary, value indeterminacy is limited by the purposes for which the audit was prepared, and Livent’s reliance fell squarely within that purpose. In *Hercules*, this Court rejected a claim by investors because they might use audit reports for a “collateral or unintended purpose” (para. 38), thereby giving rise to indeterminate liability (since the variety of purposes to which an audit may be

Plus important encore, cet argument va directement à l’encontre de la conclusion de notre Cour dans *Hercules* selon laquelle une action oblique — qui, elle aussi, pourrait profiter à divers intéressés — est le recours approprié en cas de vérification exigée par la loi entachée de négligence (par. 1 et 58-64).

[72] L’absence d’une indétermination quant au temps et au demandeur explique par ailleurs l’absence d’une indétermination quant à la valeur en l’espèce. Ici, l’utilisation malavisée des fonds d’investissement par Livent ne peut donner lieu à une responsabilité pour une valeur *indéterminée*. En fait, la responsabilité dont il est question en l’espèce ne saurait excéder les pertes d’une seule entreprise. Lorsqu’elle a accepté de procéder à la vérification de Livent, Deloitte devait savoir que Livent était une entreprise d’envergure, et qu’elle pouvait subir d’importantes pertes financières si elle était mal informée par son vérificateur. Mais une responsabilité *importante* est distincte d’une responsabilité *indéterminée* (*Gross*, par. 38). Autrement dit, Deloitte était, en réalité, « en mesure d’évaluer l’ampleur de sa responsabilité éventuelle » avant d’entreprendre son rapport de 1997 (motifs de la Juge en chef, par. 176). La situation est très différente du montant potentiellement illimité correspondant aux investissements perdus par un nombre incalculable de tiers ayant fondé leurs décisions d’affaires sur des états financiers vérifiés (voir *Hercules*, par. 32). La considération selon laquelle Deloitte ne connaissait pas « l’étendue de [sa] responsabilité au moment où [elle accepte] un engagement » de Livent (motifs de la Juge en chef, par. 176) confond la responsabilité *indéterminée* et la responsabilité *non déterminée*.

[73] La Juge en chef qualifie la responsabilité que l’on cherche à imposer en l’espèce d’« indéterminé[e] » parce que la confiance de Livent échapperait à la portée de l’engagement de Deloitte (par. 170). Nous ne partageons pas cet avis. Au contraire, l’indétermination quant à la valeur est limitée par les fins auxquelles le rapport de vérification a été préparé, et le fait pour Livent de s’y fier correspondait clairement à ces fins. Dans l’arrêt *Hercules*, notre Cour a rejeté une action intentée par des investisseurs au motif qu’ils pouvaient utiliser les rapports de vérification « pour quelque fin connexe ou non

put is potentially limitless). But that is not the case here. The 1997 Audit was prepared for the express purpose of oversight of management by Livent's shareholders, and the loss at issue flowed from those shareholders' inability to conduct that oversight. It follows that the purposes underlying the 1997 Audit — of which, as we have explained, there are only two — do not give rise to potential indeterminacy, and by corollary, relate to potential losses that, too, are not indeterminate. This is not a case where, for example, an unknown third-party relied on an audit to launch a takeover bid — a purpose outside the scope of the audit (*Hercules*, at para. 32). Rather, this is a case in which an established purpose of the audit was undermined, and where losses predictably flowed from that failed purpose (*Haig*, at pp. 478-79).

[74] Here, *one* claimant (Livent) is suing Deloitte for failing to satisfy one of *two* auditing purposes (oversight of management) which would have been superseded by an audit *one* year later. No indeterminate liability arises in this context. In this regard, La Forest J.'s remarks for this Court in *Hercules* (at para. 37) are apposite:

... in cases where the defendant knows the identity of the plaintiff (or of a class of plaintiffs) and where the defendant's statements are used for the specific purpose or transaction for which they were made, policy considerations surrounding indeterminate liability will not be of any concern since the scope of liability can readily be circumscribed.

[75] The lack of indeterminacy here between Deloitte (an auditor) and Livent (its corporate client) is unsurprising given (1) this Court's recognition in *Hercules* that a duty of care exists between an auditor and its corporate client in relation to a statutory audit; and (2) this Court's direction in *Cooper* that the second stage of the *Anns/Cooper* framework

voulue » (par. 38), ce qui donnait lieu à une responsabilité indéterminée (puisque les diverses fins auxquelles peut servir un rapport de vérification sont potentiellement illimitées). Or, ce n'est pas le cas en l'espèce. Le rapport de 1997 a été préparé dans le but exprès de permettre aux actionnaires de Livent de surveiller la gestion, et la perte en question est le résultat de leur incapacité à assurer cette surveillance. Il s'ensuit que les buts qui sous-tendent le rapport de 1997 — deux seulement, comme nous l'avons expliqué — ne donnent pas lieu à une éventuelle indétermination, et s'attachent, corollairement, à des pertes éventuelles qui, elles non plus, ne sont pas indéterminées. Il ne s'agit pas d'un cas où, par exemple, une tierce partie inconnue se serait fiée à un rapport de vérification pour faire une offre publique d'achat — un but qui échappe à la portée de la vérification (*Hercules*, par. 32). Il s'agit plutôt d'un cas où l'un des objectifs établis de la vérification a été sapé, et où, comme il fallait s'y attendre, des pertes s'en sont suivies (*Haig*, p. 478-479).

[74] En l'espèce, *une seule* demanderesse (Livent) poursuit Deloitte pour défaut de respecter l'une des *deux* fins visées par le rapport de vérification (la surveillance de la gestion), lequel rapport aurait été remplacé par une vérification effectuée *une* année plus tard. Il n'y a aucune responsabilité indéterminée dans un tel contexte. À cet égard, les observations formulées au nom de la Cour par le juge La Forest dans l'arrêt *Hercules* (par. 37) sont pertinentes :

... dans les cas où le défendeur connaît le demandeur (ou la catégorie de demandeurs) et où les déclarations du défendeur sont utilisées précisément dans le but ou aux fins de l'opération pour lesquels elles ont été faites, les considérations de principe entourant la responsabilité indéterminée sont dénuées d'intérêt étant donné que l'étendue de la responsabilité peut facilement être circonscrite.

[75] L'absence d'indétermination en l'espèce entre Deloitte (un vérificateur) et Livent (l'entreprise qui est sa cliente) n'a rien de surprenant étant donné (1) que dans l'arrêt *Hercules*, notre Cour a reconnu l'existence d'une obligation de diligence entre un vérificateur et l'entreprise qui est sa cliente relativement à une vérification exigée par la loi; et (2) que

need not be considered where a previously recognized proximate relationship exists.

(c) *Remoteness*

[76] The Chief Justice says that Deloitte’s complete immunity from liability would similarly flow from a remoteness analysis (para. 173). We disagree.

[77] In a successful negligence action, a plaintiff must demonstrate that (1) the defendant owed him or her a duty of care; (2) the defendant’s behaviour breached the standard of care; (3) the plaintiff sustained damage; and (4) the damage was caused, in fact and in law, by the defendant’s breach (*Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at para. 3; *Saadati*, at para. 13). The principle of remoteness, or legal causation, examines whether “the harm [is] too unrelated to the wrongful conduct to hold the defendant fairly liable” (*Mustapha*, at para. 12, citing A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8th ed. 2006), at p. 360; see also *Saadati*, at para. 34). It is trite law that “it is the foresight of the reasonable man which alone can determine responsibility” (*Mustapha*, at paras. 11-13, citing *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388 (P.C.), at p. 424). Therefore, injury will be sufficiently related to the wrongful conduct if it is a reasonably foreseeable consequence of that conduct.

[78] We acknowledge that remoteness, so understood, overlaps conceptually with the reasonable foreseeability analysis conducted in the *prima facie* duty of care analysis (*Mustapha*, at para. 15). But the two are distinct: the duty analysis is concerned with *the type of injury* that is reasonably foreseeable as flowing from the defendant’s conduct, whereas the remoteness analysis is concerned with the reasonable foreseeability of *the actual injury* suffered by the plaintiff (L. N. Klar and C. S. G. Jefferies,

dans l’arrêt *Cooper*, notre Cour a indiqué qu’il n’était pas nécessaire d’examiner le deuxième volet du cadre établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* lorsqu’il existe un lien de proximité déjà reconnu.

c) *Éloignement*

[76] La Juge en chef affirme que l’exonération absolue de responsabilité serait tout autant accordée à Deloitte à l’issue d’une analyse fondée sur le caractère éloigné (par. 173). Nous ne sommes pas de cet avis.

[77] Pour avoir gain de cause dans une action fondée sur la négligence, le demandeur doit démontrer (1) que le défendeur avait envers lui une obligation de diligence; (2) que par ses agissements, le défendeur a manqué à la norme de diligence; (3) que le demandeur a subi des dommages; et (4) que ces dommages sont imputables, en fait et en droit, au manquement du défendeur (*Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 3; *Saadati*, par. 13). Le principe de l’éloignement, ou de la causalité juridique, appelle à se demander si [TRADUCTION] « le préjudice a trop peu de lien avec l’acte fautif pour que le défendeur puisse raisonnablement être tenu responsable » (*Mustapha*, par. 12, citant A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8<sup>e</sup> éd. 2006), p. 360; voir aussi *Saadati*, par. 34). Il est bien établi en droit que [TRADUCTION] « le fait que le préjudice était prévisible par l’homme raisonnable est le seul critère de la responsabilité » *Mustapha*, par. 12, citant *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388 (C.P.), p. 424). Ainsi, le préjudice aura un lien suffisant avec l’acte fautif s’il en est une conséquence raisonnablement prévisible.

[78] Nous reconnaissons qu’ainsi interprété, le principe de l’éloignement recoupe en théorie l’analyse de la prévisibilité raisonnable considérée dans le cadre de l’analyse de l’obligation de diligence *prima facie* (*Mustapha*, par. 15). Mais les deux analyses sont distinctes : l’analyse relative à l’obligation de diligence s’intéresse *au type de préjudice* qu’il est raisonnable de prévoir qu’il découlera de la conduite du défendeur, alors que l’analyse relative à l’éloignement s’attache à la prévisibilité raisonnable

*Tort Law* (6th ed. 2017), at p. 565: “Remoteness questions deal with how far liability should extend in reference to injuries caused to the plaintiff, once a duty relationship [has] been established” (emphasis added)).

[79] Remoteness, at its core, turns on the reasonable foreseeability of the actual injury suffered by the plaintiff. But, and as we have explained, the loss here — stemming from Deloitte’s failure to fulfill the specific undertaking it made to Livent — was reasonably foreseeable. It follows that remoteness is not a bar to Livent’s recovery.

[80] Nonetheless, the Chief Justice holds that Livent’s loss is too remote because it cannot be attributed to its shareholders’ reliance on the 1997 Audit for the purpose of overseeing management. Specifically, she says that “Livent did not prove and the trial judge did not find that Livent’s shareholders relied on Deloitte’s negligent audit statements, or that had they received and relied on accurate statements, they would have acted in a way that would have prevented Livent from carrying on business and diminishing its assets” (para. 159). With respect, we see the matter differently. In its amended statement of claim, Livent advanced its theory of impaired shareholder reliance (A.R., vol. III, at p. 112):

As a consequence of the Auditors’ breaches of duty, they missed repeated opportunities to uncover and reveal the accounting irregularities and errors being orchestrated by Drabinsky and Gottlieb. Consequently, the Livent Stakeholders were deprived of the opportunity to exercise their collective will by, inter alia, ousting Drabinsky and Gottlieb thereby avoiding further losses, damages and liabilities incurred by Livent and the Livent Stakeholders. [Emphasis added.]

[81] Similarly, when the trial judge summarized Livent’s position at trial, he wrote (at para. 23):

du *préjudice réel* subi par le demandeur (L. N. Klar et C. S. G. Jefferies, *Tort Law* (6<sup>e</sup> éd. 2017), p. 565 : [TRADUCTION] « Les questions relatives à l’éloignement visent à déterminer l’étendue de la responsabilité au regard du préjudice causé au demandeur, une fois établie l’existence d’une relation découlant d’une obligation » (nous soulignons)).

[79] L’éloignement, pour l’essentiel, tient à la prévisibilité raisonnable du préjudice réel subi par le demandeur. Or, et comme nous l’avons expliqué, la perte en l’espèce — qui découle du défaut de Deloitte de respecter l’engagement précis qu’elle avait pris envers Livent — *était* raisonnablement prévisible. Il s’ensuit que l’éloignement n’est pas un obstacle à l’indemnisation de Livent.

[80] Pourtant, la Juge en chef estime que la perte de Livent est trop éloignée parce qu’on ne saurait l’attribuer au fait que les actionnaires se sont fiés au rapport de 1997 pour surveiller la gestion de l’entreprise. En particulier, elle affirme que « Livent n’a pas prouvé, et le juge de première instance n’a pas conclu, que les actionnaires de Livent se sont fiés aux états financiers vérifiés de façon négligente par Deloitte, ou que s’ils avaient reçu des états financiers exacts et s’y étaient fiés, ils auraient agi d’une façon qui aurait empêché Livent de poursuivre ses activités et de diminuer ses actifs » (par. 159). Avec égards, nous envisageons la question différemment. Dans sa déclaration modifiée, Livent a fait valoir comme suit sa thèse de la confiance compromise des actionnaires (m.a., vol. III, p. 112) :

[TRADUCTION] En raison des manquements à leur obligation, les vérificateurs ont raté maintes occasions de découvrir et de révéler les irrégularités et erreurs comptables planifiées par Drabinsky et Gottlieb. En conséquence, les parties intéressées de Livent ont été privées de l’occasion d’exercer leur volonté collective, notamment en limogeant Drabinsky et Gottlieb et en évitant du coup les pertes, dommages et dettes encore plus élevés qu’ont subis Livent et les parties intéressées de Livent. [Nous soulignons.]

[81] De même, en résumant la thèse défendue par Livent au procès, le juge de première instance a écrit ce qui suit (par. 23) :



[Deloitte's] alleged negligent issuance of unqualified opinions, in turn, deprived the honest directors and shareholders of the opportunity to put a stop to the fraud, and the losses eventually caused to the company by the fraud, at an earlier date. [Emphasis added.]

[82] The trial judge accepted this theory: “. . . I believe that the honest directors and innocent shareholders in this case were entitled to rely on Deloitte's audits to discharge their supervisory task . . .” (para. 341). Nonetheless, the Chief Justice would deny liability because, in her view, “Livent offered no proof to support” the assertion that its shareholders would have called management to account had they received a non-negligent audit in March of 1998 (para. 161). But this is *precisely* what the record shows. On November 18, 1998, Livent received a prudently prepared audit of its restated 1997 financial statements. This prudent audit disclosed a “significant, if not staggering” difference in reported income (trial reasons, at para. 15). Specifically, the prudent audit uncovered an additional loss of over \$50 million during the 1997 fiscal year.

[83] Livent's response upon receipt of this audit report is telling and, in our view, belies any suggestion that informed shareholder scrutiny would have permitted Livent to act in any manner other than expected. *That same day*, “Drabinsky and Gottlieb were dismissed for cause . . . and Livent voluntarily made a petition for bankruptcy protection” in the United States (trial reasons, at para. 16). *The next day*, “Livent filed for protection under the [Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36] in Canada” (*ibid.*). It is difficult to conceive of a clearer demonstration of when and how Livent's shareholders would have “prevented Livent from carrying on business and diminishing its assets” had Deloitte prepared a prudent audit in March of 1998 (Chief Justice's reasons, at para. 159).

[TRADUCTION] La négligence dont [Deloitte] aurait fait preuve en produisant des opinions sans réserve a, du même coup, privé les administrateurs et les actionnaires honnêtes de la possibilité de mettre, avant la date à laquelle ils l'ont fait, un terme à la fraude, ainsi qu'aux pertes que la société a ultimement subies. [Nous soulignons.]

[82] Le juge de première instance a accepté cette thèse : [TRADUCTION] « . . . je crois que les administrateurs honnêtes et les actionnaires innocents en l'espèce devaient pouvoir se fier aux vérifications faites par Deloitte pour s'acquitter de leur tâche de surveillance . . . » (par. 341). Néanmoins, la Juge en chef ne reconnaît pas la responsabilité de Deloitte parce que selon elle, « Livent n'a présenté aucune preuve à l'appui » de l'affirmation selon laquelle ses actionnaires auraient demandé à la direction de rendre des comptes s'ils avaient reçu un rapport non entaché de négligence en mars 1998 (par. 161). Or, *c'est précisément* ce qui ressort du dossier. Le 18 novembre 1998, Livent a reçu un rapport de vérification — prudemment préparé — de ses états financiers modifiés pour l'exercice 1997. Ce rapport de vérification prudent révélait un écart « important, voire colossal » dans le revenu déclaré (motifs de première instance, par. 15). Plus particulièrement, ce rapport laissait voir une perte additionnelle de plus de 50 millions de dollars pour l'exercice 1997.

[83] La réponse de Livent, lorsqu'elle a reçu ce rapport, est éloquente et, à notre avis, elle contredit toute prétention qu'un examen attentif par des actionnaires informés aurait permis à Livent d'agir autrement que de la manière attendue. *Ce même jour*, [TRADUCTION] « Drabinsky et Gottlieb ont été congédiés pour un motif valable [. . .] et Livent a elle-même demandé la protection de la loi sur la faillite » aux États-Unis (motifs de première instance, par. 16). *Le lendemain*, « Livent s'est placée sous la protection de la [Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36] au Canada » (*ibid.*). Il est difficile de démontrer avec plus d'éloquence quand et comment les actionnaires de Livent auraient « empêché Livent de poursuivre ses activités et de diminuer ses actifs » si Deloitte s'était montrée prudente dans la préparation de son rapport de vérification en mars 1998 (motifs de la Juge en chef, par. 159).

[84] On this record, any speculation that Livent’s shareholders might have done nothing in response to rampant fraud is simply unsustainable. Indeed, the similarly speculative claim that Livent’s shareholders might have done nothing when confronted with a notional liquidation deficit of approximately \$365 million in early April 1998 (when we know that the actual liquidation deficit of \$413.83 million in mid-November 1998 prompted Livent’s immediate petition into bankruptcy) is — also in light of this record — equally improbable.

[85] The Chief Justice, however, advances one additional basis upon which to deny Deloitte’s liability: that Deloitte should be liable “only for the information” it provided (the audit opinion), not “for the decision[s] to be informed by it” (para. 171). This proposition does not preclude Deloitte’s liability here.

(d) *Additional Basis for Limiting Liability: Information, Advice and the “SAAMCO Principle”*

[86] The Chief Justice seeks to limit Deloitte’s liability because it merely provided “information” to Livent, not “advice”, and, as a consequence, did not “assume responsibility for what the shareholders decide[d] to do with that information” (para. 170). In this regard, she cites (at para. 149) the following passage from *Hughes-Holland v. BPE Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029, at para. 44:

A valuer or a conveyancer, for example, will rarely supply more than a specific part of the material on which his client’s decision is based. He is generally no more than a provider of what Lord Hoffmann [in *SAAMCO*] called “information”. At the opposite end of the spectrum, an investment adviser advising a client whether to buy a particular stock, or a financial adviser advising whether to invest self-invested pension fund in an annuity are likely, in Lord Hoffmann’s terminology, to be regarded as giving “advice”. Between these extremes, every case is likely to depend on the range of matters for which the defendant

[84] Au vu du dossier, toute hypothèse suivant laquelle les actionnaires de Livent auraient pu ne rien faire devant une fraude patente est tout simplement insoutenable. De fait, l’hypothèse semblable voulant que les actionnaires de Livent auraient pu ne rien faire s’ils avaient été placés devant l’éventualité d’un déficit de liquidation d’environ 365 millions de dollars au début d’avril 1998 (alors que nous savons qu’à la mi-novembre 1998, le déficit de liquidation réel de 413 830 000 dollars a immédiatement provoqué la requête en faillite de Livent) est — également au vu du dossier — tout aussi improbable.

[85] La Juge en chef, toutefois, propose un motif additionnel pour exonérer Deloitte de responsabilité : Deloitte aurait dû être responsable « seulement à l’égard des renseignements » qu’elle a fournis (l’opinion du vérificateur), et non « à l’égard de[s] décision[s] que ceux-ci devaient éclairer » (par. 171). Cette proposition n’écarter pas la responsabilité de Deloitte en l’espèce.

d) *Moyens additionnels de limiter la responsabilité : renseignements, conseils et le « principe SAAMCO »*

[86] La Juge en chef cherche à limiter la responsabilité de Deloitte parce que celle-ci a simplement fourni des « renseignements » à Livent, et non des « conseils », et qu’en conséquence, elle n’a pas « assum[é] [. . .] la responsabilité de ce que les actionnaires décident de faire avec ces renseignements » (par. 170). À cet égard, elle cite (au par. 149) le passage suivant tiré de *Hughes-Holland c. BPE Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029, par. 44 :

[TRADUCTION] L’évaluateur ou le rédacteur d’actes translatifs de propriété, par exemple, ne communiquera que rarement plus qu’une partie précise des renseignements sur lesquels repose la décision de son client. De manière générale, il se limite à fournir ce que lord Hoffmann [dans *SAAMCO*] appelait de l’« information ». À l’autre extrémité du spectre, un conseiller en placements qui conseille un client au sujet de l’achat de certaines actions en bourse, ou un conseiller financier qui se prononce sur l’opportunité d’investir dans une rente des sommes détenuées dans un fonds de retraite autogéré sont susceptibles,

assumed responsibility and no more exact rule can be stated.

[87] It is true that Deloitte, as auditor, did not advise Livent on its business decisions. But it nevertheless “assumed responsibility” over providing accurate information upon which the shareholders could rely to scrutinize management conduct. Deloitte does not escape liability simply because a negligent audit, in itself, cannot cause financial harm. Audits never, in themselves, cause harm. It is only when they are detrimentally relied upon that tangible consequences ensue.

[88] The consequences of this line of reasoning should not be understated. By effectively limiting an auditor’s liability to the harms inherent in the negligent audit, while excluding those harms which are a reasonably foreseeable consequence of that negligent audit (i.e., an inability to oversee management), a central purpose for which a statutory audit is prepared is undercut, thereby immunizing auditors from liability for any act of negligence impairing oversight. This holding is inconsistent with the Court’s jurisprudence (which prescribes recovery for reasonably foreseeable injury, even if that injury is not technically immediate) and is in tension with *Hercules* (which sought to limit auditors’ liability for statutory audits to determinate corporate claims rather than indeterminate stakeholder claims, not to insulate auditors from virtually all liability).

[89] The Chief Justice’s reliance on the so-called “SAAMCO principle” — derived from the House of Lords’ decision in *South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd.*, [1997] A.C. 191 (“SAAMCO”); see also *Nykredit Mortgage Bank*

selon le propos de lord Hoffmann, d’être considérés comme ayant fourni des « opinions ». Entre ces deux extrêmes, chaque cas dépendra probablement de la gamme de questions au sujet desquelles le défendeur a assumé une responsabilité, et on ne peut énoncer à cet égard une règle plus précise.

[87] Il est vrai que Deloitte, en tant que vérificateur, n’a pas conseillé Livent concernant ses décisions d’affaires. Mais elle a tout de même « assumé la responsabilité » de fournir des renseignements exacts auxquels les actionnaires pourraient se fier pour examiner en détail la conduite de la direction. Deloitte n’échappe pas à sa responsabilité tout simplement parce qu’une vérification entachée de négligence ne peut en soi causer un préjudice financier. Un rapport du vérificateur ne cause jamais de lui-même un préjudice financier. Ce n’est que si quelqu’un s’y fie à son détriment qu’il entraîne des conséquences tangibles.

[88] Il ne faut pas sous-estimer les conséquences qu’entraînerait un tel raisonnement. En limitant effectivement la responsabilité du vérificateur aux seuls préjudices découlant de la vérification entachée de négligence, tout en excluant le préjudice constituant une conséquence raisonnablement prévisible (c.-à-d. l’incapacité de surveiller la gestion), un objectif principal de la vérification exigée par la loi est mis à mal, et les vérificateurs sont ainsi dégagés de responsabilité pour tout acte négligent compromettant la surveillance de l’entreprise. Cette constatation est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour (qui prévoit l’indemnisation du préjudice raisonnablement prévisible, même si ce préjudice n’est pas strictement immédiat) en plus d’entrer en conflit avec l’arrêt *Hercules* (qui visait à limiter, dans le cas d’une vérification exigée par la loi, la responsabilité des vérificateurs aux réclamations déterminées de l’entreprise plutôt qu’aux réclamations indéterminées des intéressés, et non à dégager les vérificateurs de pratiquement toute responsabilité).

[89] À notre avis, la Juge en chef commet une erreur lorsqu’elle invoque le principe qu’on peut appeler le « principe SAAMCO » — tiré de l’arrêt de la Chambre des lords *South Australia Asset Management Corp. c. York Montague Ltd.*, [1997] A.C.

*plc. v. Edward Erdman Group Ltd. (No. 2)*, [1997] 1 W.L.R. 1627 (H.L.); *Platform Home Loans Ltd. v. Oyston Shipways Ltd.*, [2000] 2 A.C. 190 (H.L.); and *BPE Solicitors* — is in our respectful view mistaken for the same reason as her reliance on the dichotomy between information and advice as described in *BPE Solicitors*. Her reliance on both U.K. decisions is premised on how Deloitte never assumed responsibility for injuries resulting from Livent's operations — either because those injuries were not caused by the mere information contained in the 1997 Audit (*BPE Solicitors*), or because those injuries did not flow from what was incorrect in the 1997 Audit (*SAAMCO*). But, in assuming responsibility for informing shareholder scrutiny of management, Deloitte *did* assume responsibility for injuries flowing from that impaired scrutiny.

[90] In simple terms, the *SAAMCO* principle denies recovery for pure economic loss where the plaintiff's injury would still have occurred even if the defendant's negligent misrepresentation were factually true. Rephrased as a test, the principle denies liability where an *alternate* cause that is *unrelated* to the defendant's negligence is the true source of the plaintiff's injury. This alternate and unrelated cause explains why the truth of the negligent misstatement has no bearing on the plaintiff's ultimate injury (i.e., because, even with that truth, the injury would have flowed as a result of the alternate cause). Or, framed from the perspective of the duty of care, the defendant could not have undertaken to protect against injuries that would have been caused by alternate and unrelated sources. In *SAAMCO*, the House of Lords explained the principle with the commendably Albertan example of a mountaineer:

A mountaineer about to undertake a difficult climb is concerned about the fitness of his knee. He goes to a doctor who negligently makes a superficial examination and pronounces the knee fit. The climber goes on the expedition,

191 (« *SAAMCO* »); voir aussi *Nykredit Mortgage Bank plc. c. Edward Erdman Group Ltd. (No. 2)*, [1997] 1 W.L.R. 1627 (H.L.); *Platform Home Loans Ltd. c. Oyston Shipways Ltd.*, [2000] 2 A.C. 190 (H.L.); et *BPE Solicitors* — pour la même raison qu'elle commet une erreur lorsqu'elle invoque la dichotomie entre les renseignements et les conseils décrite dans *BPE Solicitors*. Son application de ces deux décisions du Royaume-Uni prend appui sur le fait que Deloitte n'a jamais assumé la responsabilité des préjudices découlant des activités de Livent — soit parce que ces préjudices n'étaient pas causés seulement par les renseignements figurant dans le rapport de 1997 (*BPE Solicitors*), ou parce que ces préjudices ne découlaient pas des renseignements erronés dans le rapport de 1997 (*SAAMCO*). Cependant, lorsqu'elle a assumé la responsabilité d'aider les actionnaires à surveiller la gestion, Deloitte a *effectivement* assumé la responsabilité des préjudices découlant de cette surveillance compromise.

[90] En termes simples, le principe *SAAMCO* rejette l'idée d'une indemnisation des pertes purement économiques lorsque le demandeur aurait subi un préjudice même si la déclaration inexacte faite de façon négligente par le défendeur s'avérait dans les faits exacte. Reformulé sous forme de critère, le principe rejette toute responsabilité lorsqu'une cause *subsidaire étrangère* à la négligence du défendeur est la source véritable du préjudice subi par le demandeur. Cette cause subsidiaire et étrangère explique pourquoi la véracité de la déclaration erronée entachée de négligence n'a aucune incidence sur le préjudice subi en fin de compte par le demandeur (c.-à-d. pourquoi, malgré la véracité de cette déclaration, la cause subsidiaire aurait entraîné le préjudice). Ou pourquoi, du point de vue de l'obligation de diligence, le défendeur n'aurait pas pu s'engager à protéger le demandeur contre les préjudices qu'auraient entraînés les sources subsidiaires et étrangères. Dans l'arrêt *SAAMCO*, la Chambre des lords a expliqué le principe par l'excellent exemple albertain de l'alpiniste :

[TRADUCTION] Un alpiniste sur le point d'entreprendre une escalade difficile s'inquiète de l'état de son genou. Il consulte un médecin qui lui fait négligemment un examen superficiel et conclut que le genou est en bon état.

which he would not have undertaken if the doctor had told him the true state of his knee. He suffers an injury which is an entirely foreseeable consequence of mountaineering but has nothing to do with his knee. [p. 213]

[91] In this example, the doctor's negligent misrepresentation (the positive knee diagnosis) is a cause that is alternate and unrelated to the cause of the mountaineer's injury (a mountaineering accident unrelated to the knee, for example, an avalanche). As a result, even had the doctor's negligent misrepresentation been true (i.e., even if the mountaineer's knee had been fit), the injury would still have occurred, since the fitness of his knee would not have prevented the injury caused by the avalanche. In other words, the doctor could not have undertaken to protect against an avalanche, which is unrelated to his or her diagnosis.

[92] Deloitte is unlike the doctor. Deloitte's negligence related to a statutory audit, a purpose of which is management oversight by shareholders. That oversight, in turn, informs (or is related to) subsequent business decisions by the corporation. It follows that Livent's trading losses were not an alternate and unrelated cause of Livent's injury. To the contrary, the shareholders' capacity to oversee the conduct of Livent's business was entirely dependent upon the statutory audit preceding that oversight. In particular, the shareholders' reliance on that audit and the audit's portrayal of the directors and their business ventures was a critical component of their oversight of management — which, we reiterate, was the very purpose in respect of which Deloitte undertook to act with reasonable care.

[93] It therefore follows from a proper understanding of the *SAAMCO* principle that it does not limit Deloitte's liability in respect of the 1997 Audit.

L'alpiniste se joint à l'expédition, ce qu'il n'aurait pas fait si le médecin l'avait informé du véritable état de son genou. Il subit une blessure qui est une conséquence entièrement prévisible de l'ascension, mais qui n'a rien à voir avec son genou. [p. 213]

[91] Dans cet exemple, la déclaration inexacte entachée de négligence du médecin (le diagnostic de bon état du genou) est une cause subsidiaire et étrangère à la cause de la blessure de l'alpiniste (un accident d'alpinisme sans rapport avec le genou, par exemple, une avalanche). Ainsi, même si la déclaration inexacte faite par négligence s'était avérée véridique (c.-à-d. même si le genou de l'alpiniste avait été en bon état), l'alpiniste se serait quand même blessé puisque le bon état de son genou n'aurait pas empêché la blessure causée par l'avalanche. Autrement dit, le médecin n'aurait pas pu s'engager à le protéger d'une avalanche, qui n'a aucun rapport avec son diagnostic.

[92] Deloitte est dans une situation différente de celle du médecin. Sa négligence avait trait à une vérification exigée par la loi qui devait permettre aux actionnaires de surveiller la gestion de l'entreprise. Cette surveillance éclaire (ou concerne) elle-même des décisions d'affaires ultérieures de l'entreprise. C'est donc dire que les pertes commerciales de Livent ne sont pas une cause subsidiaire et étrangère au préjudice qu'elle a subi. Au contraire, la capacité des actionnaires à surveiller la conduite des affaires de Livent dépendait entièrement du rapport d'évaluation exigé par la loi qui a précédé cette surveillance. Plus particulièrement, le fait que les actionnaires se fiaient sur ce rapport et la façon dont ce rapport présentait les administrateurs et leurs opérations commerciales constituaient des éléments essentiels de leur surveillance de la gestion — surveillance qui, rappelons-le, constituait le but même pour lequel Deloitte s'était engagée à agir avec diligence raisonnable.

[93] Une interprétation correcte du principe *SAAMCO* mène donc à la conclusion que celui-ci ne limite pas la responsabilité de Deloitte pour ce qui est du rapport de 1997.

[94] We add, however, that a full consideration of *SAAMCO*'s application in Canadian law by this Court should await future cases, with greater consideration of the principle by lower courts, more comprehensive submissions by counsel, and critically, with facts more analogous to those in the *SAAMCO* jurisprudence. *SAAMCO* addressed whether a negligent valuator should be liable, not only for the difference between their valuation and a prudent valuation, but also for a subsequent drop in the market which exacerbated the lenders' losses. In this specific context, the loss attributable to the negligent valuation is easily extricable; it is the difference between the negligent valuation and a prudent valuation. But the same cannot be said in the context of statutory audits, where the "cause" of future losses flowing from future commercial activity is far more complex to isolate. Indeed, as Lord Sumption noted in *BPE Solicitors* (at para. 46):

Where the loss arises from a variety of commercial factors which it was for the claimant to identify and assess, it will commonly be difficult or impossible as well as unnecessary to quantify and strip out the financial impact of each one of them.

[95] In any event, the *SAAMCO* principle, at least in the manner the Chief Justice applies it here, conflicts with Canadian jurisprudence. Under established Canadian tort law, a defendant is liable if the plaintiff proves — in respect of causation — that the defendant caused the plaintiff's injury in fact (*Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181, at para. 8) and in law (*Mustapha*, at paras. 12-13). As we have already explained, Livent proved both in respect of its injuries after the 1997 Audit. It follows that Deloitte is liable for Livent's injuries following that audit. Admittedly, a defendant may limit its liability, even if the plaintiff proves legal and factual causation, where the defendant proves that some of the plaintiff's injury would have still occurred without the defendant's negligence because of alternate hypothetical causes (*Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3

[94] Cependant, nous ajoutons que la Cour, avant de procéder à un examen minutieux de l'application du principe *SAAMCO* en droit canadien, devrait attendre que d'autres décisions soient rendues, dans lesquelles les tribunaux inférieurs auraient étudié davantage le principe, les avocats auraient soumis des arguments plus complets et, surtout, les faits seraient plus semblables à ceux dans la décision *SAAMCO*. Celle-ci portait sur la question de savoir si un évaluateur négligent devrait être responsable non seulement de la différence entre son évaluation et une évaluation prudente, mais aussi de la chute subséquente des marchés, qui a exacerbé les pertes du prêteur. Dans ce contexte précis, la perte attribuable à l'évaluation négligente est facilement isolable; il s'agit de la différence entre l'évaluation négligente et l'évaluation prudente. Toutefois, il en va autrement dans le contexte des vérifications exigées par la loi, où il est beaucoup plus complexe d'isoler la « cause » des pertes futures découlant d'activités commerciales futures. D'ailleurs, comme l'a souligné lord Sumption dans *BPE Solicitors* (par. 46) :

[TRADUCTION] Lorsque la perte découle d'une panoplie de facteurs commerciaux qu'il appartenait au demandeur de cerner et d'évaluer, il sera généralement difficile, voire impossible, et inutile de quantifier et de déterminer les répercussions financières de chacun d'entre eux.

[95] Quoi qu'il en soit, le principe *SAAMCO*, du moins de la façon dont la Juge en chef l'applique en l'espèce, est contraire à la jurisprudence canadienne. Selon le droit canadien établi en matière de responsabilité délictuelle, un défendeur est responsable lorsque le demandeur prouve — pour ce qui est de la causalité — que le défendeur a causé le préjudice du demandeur en fait (*Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181, par. 8) et en droit (*Mustapha*, par. 12-13). Comme nous l'avons déjà expliqué, Livent a prouvé ces deux éléments quant aux préjudices qu'elle a subis à la suite du rapport de 1997. Il s'ensuit que Deloitte est responsable des préjudices subis par Livent par suite du rapport. Certes, un défendeur peut limiter sa responsabilité, même si le demandeur prouve la causalité juridique et factuelle, lorsque le défendeur prouve que, même en l'absence de négligence de sa part, le demandeur

S.C.R. 3, at pp. 15-16). But those alternate hypothetical causes were already accounted for in the trial judge's 25 percent reduction in damages (trial reasons, at paras. 324-26). And, in so far as the Chief Justice holds that Livent failed to prove that alternate hypothetical causes did not cause the remaining 75 percent of damages, she disregards that it is Deloitte, not Livent, who bears the burden of proving that liability should be limited in this fashion (*Rainbow Industrial Caterers*, at pp. 15-16).

### C. *Defences*

[96] Finally, having concluded that we would uphold the trial judge's finding that Deloitte is liable for its negligence in relation to the statutory audit, we must consider the two defences Deloitte advanced before this Court. First, Deloitte submits that both lower courts erred in failing to find that Livent's action was not barred by the defence of illegality. Secondly, Deloitte submits that, even had Livent's action not been barred for illegality, Deloitte should only be liable for part of the injury due to Livent's contributory fault.

[97] Both defences rely on the applicability of the doctrine of corporate identification. As the wrongdoing at issue was not that of Livent's but of its directors Drabinsky and Gottlieb, Deloitte cannot succeed on either defence unless it can show that the fraudulent acts of Livent's employees should be attributed to the corporation. The corporate identification doctrine is not, however, a standalone principle; rather, it is a means by which acts may be attributed to a corporation for the particular purpose or defence at issue. It follows that corporate identification must be analyzed independently for each defence.

aurait de toute façon subi un certain préjudice en raison d'autres causes hypothétiques (*Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3, p. 15-16). Or, le juge de première instance a déjà pris en compte ces autres causes hypothétiques en réduisant les dommages de 25 pour 100 (motifs de première instance, par. 324-326). Et dans la mesure où la Juge en chef conclut que Livent n'a pas réussi à prouver que d'autres causes hypothétiques n'ont pas causé 75 pour 100 des dommages, elle fait abstraction du fait que c'est à Deloitte, et non à Livent, qu'il incombe de prouver que la responsabilité devrait être limitée de cette façon (*Rainbow Industrial Caterers*, p. 15-16).

### C. *Moyens de défense*

[96] Ayant conclu que nous confirmerions la décision du juge de première instance selon laquelle Deloitte est responsable de la négligence dont elle a fait preuve relativement à la vérification exigée par la loi, il nous faut finalement examiner les deux moyens de défense que Deloitte a plaidés devant notre Cour. Premièrement, Deloitte soutient que les deux tribunaux d'instance inférieure ont eu tort de ne pas conclure que la défense d'illégalité ne rendait pas irrecevable l'action de Livent. Deuxièmement, Deloitte soutient que même si l'action de Livent n'a pas été jugée irrecevable pour cause d'illégalité, Deloitte devrait seulement être tenue responsable d'une partie du préjudice du fait de la faute contributoire de Livent.

[97] Ces deux moyens sont fondés sur l'applicabilité de la doctrine de l'identification à la société. La faute en cause n'étant pas celle de Livent, mais celle de ses administrateurs Drabinsky et Gottlieb, aucun des moyens de défense invoqués par Deloitte ne saurait être retenu à moins que cette dernière ne puisse démontrer que les actes frauduleux commis par les employés de Livent devraient être attribués à l'entreprise. La doctrine de l'identification à la société n'est cependant pas une doctrine autonome; il s'agit plutôt d'un moyen par lequel des actes peuvent être attribués à une société pour la fin ou la défense particulière en cause. Il s'ensuit que cette doctrine commande une analyse indépendante de chaque moyen de défense.

(1) Illegality

[98] The defence of illegality bars an otherwise valid action in tort on the basis that the plaintiff has engaged in illegal or immoral conduct and, therefore, should not recover (*Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159, at p. 169; *British Columbia v. Zastowny*, 2008 SCC 4, [2008] 1 S.C.R. 27, at para. 20). Grounded in public policy, it is available in very “limited” circumstances, only where it is necessary to preserve the “integrity of the justice system” (*Hall*, at pp. 179-80). And, the integrity of the justice system will only be compromised where a “damage award in a civil suit would, in effect, allow a person to profit from illegal or wrongful conduct, or would permit an evasion or rebate of a penalty prescribed by the criminal law” (*ibid.*, at p. 169; *Zastowny*, at para. 3).

[99] Here, the only illegal or wrongful conduct was committed by Livent’s directors, Drabinsky and Gottlieb, and portions of management. It follows that, for Deloitte to rely on the defence of illegality, it must be able to attribute the “illegal or wrongful conduct” of certain directors and managers to Livent itself, the plaintiff in this case.

[100] The test for corporate attribution was set out by this Court in *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662. To attribute the fraudulent acts of an employee to its corporate employer, two conditions must be met: (1) the wrongdoer must be the directing mind of the corporation; and (2) the wrongful actions of the directing mind must have been done within the scope of his or her authority; that is, his or her actions must be performed within the sector of corporate operation assigned to him. For the purposes of this analysis, an individual will cease to be a directing mind unless the action (1) was not totally in fraud of the corporation; and (2) was by design or result partly for the benefit of the corporation (pp. 681-82 and 712-13).

(1) L’illégalité

[98] La défense d’illégalité fait obstacle à une action en responsabilité délictuelle par ailleurs valide parce que le demandeur a commis un acte illégal ou immoral et qu’il ne devrait donc pas être indemnisé (*Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159, p. 169; *Colombie-Britannique c. Zastowny*, 2008 CSC 4, [2008] 1 R.C.S. 27, par. 20). Fondé sur des considérations d’ordre public, ce moyen ne peut être soulevé que dans des circonstances très « limité[es] », soit seulement lorsqu’il est nécessaire de préserver « l’intégrité du système de justice » (*Hall*, p. 179-180). Et l’intégrité du système de justice ne sera compromise que lorsque « l’attribution de dommages-intérêts dans une poursuite civile aurait pour effet de permettre à une personne de tirer profit de sa conduite illégale ou fautive, ou de faire en sorte qu’elle échappe à une sanction pénale ou qu’elle bénéficie d’une réduction de cette sanction » (*ibid.*, p. 169; *Zastowny*, par. 3).

[99] En l’espèce, la seule conduite illégale ou fautive a été commise par les administrateurs de Livent, Drabinsky et Gottlieb, et par certains de ses dirigeants. Ainsi, pour que Deloitte puisse invoquer la défense d’illégalité, elle doit pouvoir attribuer la « conduite illégale ou fautive » de certains administrateurs et dirigeants à Livent elle-même, la demanderesse dans la présente affaire.

[100] Le critère applicable à l’attribution d’un acte à une société a été énoncé par notre Cour dans l’arrêt *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662. Afin de pouvoir imputer les actes frauduleux d’un employé à la société qui l’emploie, deux conditions doivent être remplies : (1) l’auteur de la faute doit être l’âme dirigeante de la société; et (2) les actes fautifs de l’âme dirigeante ne doivent pas excéder son pouvoir, en ce sens qu’ils doivent être accomplis dans le cadre du secteur d’activités de la société qui lui est attribué. Pour les besoins de cette analyse, une personne cessera d’être une âme dirigeante à moins que l’acte qu’elle a commis (1) n’ait pas été complètement frauduleux envers la société; et (2) ait eu en partie pour but ou pour conséquence de procurer un avantage à la société (p. 681-682 et 712-713).



[101] At first glance, these conditions might seem to be satisfied in this case. Drabinsky and Gottlieb were directing minds, acting within the sector of corporate operations assigned to them, whose fraud was genuinely designed and executed in an attempt to assist Livent through the artificial extension of its life. Indeed, the application of the doctrine in this case would be consistent with the factually analogous decision in *Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche*, 2004 BCSC 55, 41 C.C.L.T. (3d) 240. There, the test laid down by this Court in *Canadian Dredge* was strictly applied in the context of a civil claim for auditor's negligence and was satisfied. The court attributed the fraudulent acts of the "alter ego and directing mind" to the auditor's corporate client and barred recovery for the auditor's negligent preparation of a statutory audit.

[102] In our view, however, a strict application of this Court's decision in *Canadian Dredge* was not warranted in *Hart*, and is not warranted here. It must be recalled that *Canadian Dredge* was decided in the context of criminal liability. Accordingly, the underlying question there was who should bear the responsibility for the criminal actions of a corporation's directing mind. Consequently, the policy factors identified therein which weigh in favour of imputing a corporation with the illegality or wrongdoing of its directing mind flow from the "social purpose" of holding a corporation responsible for the *criminal* acts of its employees where those acts are designed and carried out, at least in part, to benefit the corporation (*Canadian Dredge*, at p. 704).

[103] However, as Estey J. himself recognized, the doctrine is only one of "judicial necessity" and where its application "would not provide protection of any interest in the community" or "would not advantage society by advancing law and order", the rationale for its application "fades away" (*Canadian Dredge*, at pp. 707-8 and 718-19). While public policy and judicial necessity may favour imputing the

[101] À première vue, il semblerait que l'on ait satisfait à ces conditions en l'espèce. Drabinsky et Gottlieb étaient les âmes dirigeantes, leurs actes relevaient du secteur d'activités de la société qui leur était attribué, et leurs actes frauduleux avaient véritablement pour but de tenter d'aider Livent en prolongeant artificiellement son existence. En fait, l'application de la doctrine en l'espèce s'accorderait avec la décision dans *Hart Building Supplies Ltd. c. Deloitte & Touche*, 2004 BCSC 55, 41 C.C.L.T. (3d) 240, dont les faits sont analogues à ceux de l'espèce. Dans cette affaire, le critère établi par notre Cour dans l'arrêt *Canadian Dredge* a été rigoureusement appliqué dans le contexte d'une action civile pour négligence intentée contre un vérificateur, et ses conditions ont été remplies. La cour a imputé les actes frauduleux de [TRADUCTION] « l'alter ego et âme dirigeante » à la société cliente du vérificateur et a exclu toute indemnisation pour la préparation négligente par le vérificateur d'une vérification exigée par la loi.

[102] À notre avis, toutefois, l'application stricte de la décision de notre Cour dans *Canadian Dredge* n'était pas justifiée dans *Hart*, et elle n'est pas justifiée en l'espèce. Il convient de rappeler que l'arrêt *Canadian Dredge* s'inscrit dans un contexte de responsabilité criminelle. Ainsi, la question sous-jacente dans cette affaire était de savoir qui devait porter la responsabilité des actes criminels de l'âme dirigeante d'une société. En conséquence, les facteurs de politique générale dégagés dans cette affaire qui favorisent l'imputation à la société de l'illégalité ou des actes fautifs de son âme dirigeante, découlaient de l'« avantage social » à tenir une société responsable des actes *criminels* de ses employés lorsque ces actes sont expressément conçus et accomplis, du moins en partie, pour profiter à la société (*Canadian Dredge*, p. 704).

[103] Cependant, comme le juge Estey l'a lui-même reconnu, la doctrine n'en est qu'une de « nécessité juridique », et lorsque son application « ne protégerait aucun intérêt de la collectivité » ni ne « favorisera[it] l'ordre public », la règle n'aurait « plus de raison d'être » (*Canadian Dredge*, p. 707-708 et 718-719). Bien que des considérations de politique générale et la nécessité juridique puissent

corporation with the actions of its directing minds in certain criminal prosecutions, the same cannot be said of attributing the actions of a directing mind for the purposes of a civil suit in the context of an auditor's negligent preparation of a statutory audit. As indicated above, the very purpose of a statutory audit is to provide a means by which fraud and wrongdoing may be discovered. It follows that denying liability on the basis that an individual within the corporation has engaged in the very action that the auditor was enlisted to protect against would render the statutory audit meaningless (D. L. MacPherson, "Emaciating the Statutory Audit — A Comment on *Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche*" (2005), 41 *Can. Bus. L.J.* 471). As Livent submitted, it would be perverse to deny auditor's liability for negligently failing to detect fraud "where the harm [to the corporation] is likely to occur and likely to be most serious" (R.F., at para. 94).

[104] While, therefore, this Court's decision in *Canadian Dredge* remains the authoritative test for the application of the corporate identification doctrine, we would reaffirm one qualification. The principles set out in *Canadian Dredge* provide a *sufficient* basis to find that the actions of a directing mind be attributed to a corporation, not a *necessary* one (pp. 681-82). As a principle that is grounded in policy, and which only serves as a means to hold a corporation criminally responsible or to deny civil liability, courts retain the discretion to refrain from applying it where, in the circumstances of the case, it would not be in the public interest to do so. And where, as here, its application would render meaningless the very purpose for which a duty of care was recognized, such application will rarely be in the public interest. If a professional undertakes to provide a service to detect wrongdoing, the existence of that wrongdoing will not normally weigh in favour of barring civil liability for negligence through the corporate identification doctrine. (That said, we leave for another day the question of whether the same is true in the context of a "one man" corporation, where the sole director and shareholder hires

jouer en faveur de l'imputation à la société des actes de ses âmes dirigeantes dans certaines poursuites criminelles, il en va autrement de l'imputation des actes d'une âme dirigeante pour le besoin d'une poursuite au civil dans le contexte de la préparation négligente d'une vérification exigée par la loi. Comme nous l'avons indiqué, le but même d'une vérification exigée par la loi est d'offrir un moyen de découvrir la fraude et les actes fautifs. Ainsi, refuser d'imputer la responsabilité à la société au motif qu'un de ses employés a commis les actes mêmes contre lesquels le vérificateur a été retenu pour protéger la société reviendrait donc à vider de son sens la vérification exigée par la loi (D. L. MacPherson, « Emaciating the Statutory Audit — A Comment on *Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche* » (2005), 41 *Rev. can. dr. comm.* 471). Comme Livent l'a fait valoir, il serait illogique de refuser de tenir responsable le vérificateur qui a omis par négligence de détecter une fraude [TRADUCTION] « lorsqu'il est probable que le préjudice [de la société] se produira et qu'il sera vraisemblablement très grave » (m.i., par. 94).

[104] Ainsi, bien que l'arrêt *Canadian Dredge* de notre Cour demeure l'arrêt de principe pour l'application de la doctrine de l'identification à la société, nous aimerions réaffirmer une nuance. Les principes établis dans l'arrêt *Canadian Dredge* offrent un fondement *suffisant* pour conclure que les actes d'une âme dirigeante doivent être imputés à la société, mais il ne s'agit pas d'un fondement *nécessaire* (p. 681-682). Comme il s'agit d'un principe qui repose sur une considération de politique générale et qui permet seulement de conclure à la responsabilité criminelle d'une société ou de l'exonérer de la responsabilité civile, les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire de s'abstenir de l'appliquer lorsque, dans les circonstances de l'espèce, il ne serait pas dans l'intérêt public de le faire. Et lorsque, comme en l'espèce, l'application de ce principe viderait de son sens la raison même pour laquelle l'obligation de diligence a été reconnue, il sera rarement dans l'intérêt public de l'appliquer. Si un professionnel s'engage à fournir un service visant à détecter un acte fautif, l'existence de cet acte fautif ne fera normalement pas pencher la balance en faveur de la non-imputation d'une responsabilité

the auditor to uncover the wrongful action which he, himself, carries out: *Stone & Rolls Ltd. (in liquidation) v. Moore Stephens*, [2009] UKHL 39, [2009] 1 A.C. 1391; see also *373409 Alberta Ltd. (Receiver of) v. Bank of Montreal*, 2002 SCC 81, [2002] 4 S.C.R. 312, at para. 22; *Bilta (U.K.) Ltd. (in liquidation) v. Nazim (No. 2)*, [2015] UKSC 23, [2016] A.C. 1, at para. 30.)

[105] Finally, given the limited application of the defence of illegality, as recognized by this Court in *Hall and Zastowny*, we find no further compelling reason to justify the use of the corporate identification doctrine in these circumstances.

## (2) Contributory Fault

[106] In the alternative, Deloitte submits that the Court of Appeal erred in holding Deloitte liable for the entirety of the proven loss, and specifically that Livent should have been found contributorily at fault in accordance with s. 3 of the *Negligence Act*, R.S.O. 1990, c. N.1:

In any action for damages that is founded upon the fault or negligence of the defendant if fault or negligence is found on the part of the plaintiff that contributed to the damages, the court shall apportion the damages in proportion to the degree of fault or negligence found against the parties respectively.

[107] Again, the only conduct implicating Livent in this case was committed by Livent's directors, Drabinsky and Gottlieb, and portions of management. It follows that, for Deloitte to rely on the defence of contributory fault, it must be able to attribute the conduct of certain directors and managers to Livent itself.

[108] Unlike the discretionary illegality doctrine, Deloitte notes that s. 3 of the *Negligence Act*

civile pour négligence par application de la doctrine de l'identification à la société. (Cela dit, nous reportons à une autre occasion l'examen de la question de savoir s'il en va de même dans le contexte d'une société à actionnaire unique, où l'unique administrateur et actionnaire engage le vérificateur afin qu'il découvre une action fautive que l'administrateur a lui-même commise : *Stone & Rolls Ltd. (in liquidation) c. Moore Stephens*, [2009] UKHL 39, [2009] 1 A.C. 1391; voir également *373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal*, 2002 CSC 81, [2002] 4 R.C.S. 312, par. 22; *Bilta (U.K.) Ltd. (in liquidation) c. Nazir (No. 2)*, [2015] UKSC 23, [2016] A.C. 1, par. 30.

[105] Enfin, vu l'application limitée de la défense d'illégalité, tel que la Cour l'a reconnu dans les arrêts *Hall* et *Zastowny*, nous concluons qu'aucune autre raison impérieuse ne justifie le recours à la doctrine de l'identification à la société dans les circonstances de l'espèce.

## (2) La faute contributoire

[106] À titre subsidiaire, Deloitte plaide que la Cour d'appel a commis une erreur en tenant Deloitte responsable de la totalité de la perte prouvée, et plus particulièrement qu'elle aurait dû conclure que Livent avait commis une faute contributoire au sens de l'art. 3 de la *Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1990, c. N.1 :

Dans une action en dommages-intérêts qui se fonde sur la faute ou la négligence du défendeur, si le tribunal constate qu'il y a eu, de la part du demandeur, faute ou négligence qui a contribué aux dommages, le tribunal répartit les dommages-intérêts selon la part respective de responsabilité de chaque partie.

[107] Encore là, les seuls actes impliquant Livent en l'espèce ont été commis par ses administrateurs, Drabinsky et Gottlieb, et certains de ses dirigeants. Ainsi, pour que Deloitte puisse invoquer la défense de faute contributoire, elle doit pouvoir attribuer la conduite de certains administrateurs et dirigeants à Livent elle-même.

[108] Deloitte souligne que, à la différence de la doctrine discrétionnaire de l'illégalité, l'art. 3 de la

is mandatory (“the court shall apportion the damages”), and argues that corporate identification *must* be permitted because “the application of the corporate identification doctrine must be tailored to the terms of the particular substantive rule it serves” (A.F., at para. 132, citing C.A. reasons, at para. 157). This argument, however, misunderstands what the *Negligence Act* actually makes mandatory. The *Negligence Act* requires that a plaintiff’s fault be factored into the apportionment of damages. But corporate identification is a prerequisite to the plaintiff, Livent, being at fault. In other words, Deloitte’s claim that s. 3 of the *Negligence Act* requires that Livent bear its share of the fault presupposes corporate identification, in effect, putting the cart before the horse. The *Negligence Act* only makes contribution by a negligent plaintiff mandatory; it does not make attribution of negligence to a plaintiff mandatory.

[109] In any event, we repeat our earlier conclusion that where, as here, the use of the corporate identification doctrine would undermine the very purpose of establishing a duty of care, it will rarely be in the public interest to apply it. A negligent auditor cannot limit liability for its own negligence by attributing to the corporation the wrongful acts of its employees, such acts being the very conduct that the auditor undertook to uncover. Additionally, had Deloitte sought to limit its liability through apportionment, it need not have relied on the doctrine of corporate identification at all. Specifically, Deloitte could have brought third party claims against the guilty parties, Drabinsky and Gottlieb, for their wrongful actions. For whatever reason, it chose not to do so. Nonetheless, the availability of a third party claim against a fraudulent director weighs against the application of the doctrine. In this case, it is not in the public interest to undermine separate legal personality where the wrongdoer could have been properly named as a third party.

*Loi sur le partage de la responsabilité* est impératif (« le tribunal répartit les dommages-intérêts »), et elle soutient que l’identification à la société *doit* être permise parce que [TRADUCTION] « l’application de la doctrine de l’identification à la société doit être adaptée aux termes de la règle de fond qu’elle sert » (m.a., par. 132, citant les motifs de la Cour d’appel, par. 157). Cet argument témoigne toutefois d’une incompréhension des dispositions impératives de la *Loi sur le partage de la responsabilité*. Cette loi exige qu’il soit tenu compte de la faute du demandeur dans la répartition des dommages-intérêts. Or, l’identification à la société est une condition préalable à l’imputation d’une faute à la demanderesse Livent. En d’autres termes, l’argument avancé par Deloitte — que l’art. 3 de la *Loi sur le partage de la responsabilité* exige que Livent supporte sa part de la faute — présuppose l’identification à la société, ce qui consiste à mettre la charrue devant les bœufs. La *Loi sur le partage de la responsabilité* rend seulement obligatoire la contribution du demandeur négligent; elle ne rend pas obligatoire l’attribution d’une négligence au demandeur.

[109] Quoi qu’il en soit, nous répétons la conclusion tirée précédemment que lorsque, comme en l’espèce, l’application de la doctrine de l’identification à la société aurait pour effet de miner l’objet même de l’établissement d’une obligation de diligence, il sera rarement dans l’intérêt public de l’appliquer. Un vérificateur négligent ne peut limiter sa responsabilité pour sa propre négligence en attribuant à la société les actes fautifs de ses employés, de tels actes étant précisément ce que le vérificateur s’est engagé à découvrir. En outre, si Deloitte voulait limiter sa responsabilité en la partageant, il n’était aucunement nécessaire qu’elle s’appuie sur la doctrine de l’identification à la société. Plus particulièrement, Deloitte aurait pu demander que les parties coupables, Drabinsky et Gottlieb, soient mises en cause afin qu’elles répondent de leurs actes fautifs. Pour une raison inconnue, elle a décidé de ne pas le faire. Il reste que la possibilité de mettre en cause un administrateur frauduleux joue en défaveur de l’application de la doctrine. En l’espèce, il n’est pas dans l’intérêt public de s’attaquer à la personnalité juridique distincte de l’entreprise alors que le fautif aurait pu être dûment mis en cause.

#### D. Conclusion

[110] It follows from the foregoing that we would allow the appeal, but only in part.

[111] In our view, the trial judge and Court of Appeal erred in finding that Deloitte's negligence in relation to the Press Release and Comfort Letter resulted in injuries that were reasonably foreseeable in light of the proximate relationship between the parties. At that time, Deloitte's services were engaged for the purpose of soliciting investment, not management oversight. As Livent's losses did not flow from a failure to solicit investment, we would deny recovery for the increase in Livent's liquidation deficit beginning in the fall of 1997.

[112] We would, however, allow recovery for the increase in Livent's liquidation deficit which followed the 1997 Audit. We agree with the trial judge that "Deloitte should not have signed off on the 1997 Audit in early April 1998" (para. 242) and that the increase in Livent's liquidation deficit which followed fell within the duty of care owed by Deloitte to Livent in relation to the preparation of a statutory audit, the express purpose of which was to assist Livent in management oversight.

[113] The trial judge assessed Livent's damages following the 1997 Audit at \$53.9 million (para. 306, fn. 188, and para. 369, fn. 228). Applying the trial judge's 25 percent contingency reduction to this amount results in a final damages assessment of \$40,425,000. This is the amount for which Deloitte is liable.

[114] Throughout these proceedings, the parties have primarily framed this dispute as one in negligence. Indeed, this was noted by the trial judge (at para. 47). At trial, Livent conceded that its losses

#### D. Conclusion

[110] Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, mais seulement en partie.

[111] À notre avis, le juge de première instance et la Cour d'appel ont eu tort de conclure que la négligence dont Deloitte avait fait preuve en ce qui concerne le communiqué de presse et la lettre de confort avait causé des préjudices qui étaient raisonnablement prévisibles compte tenu du lien de proximité qu'il y avait entre les parties. À l'époque, les services de Deloitte avaient été retenus afin de solliciter des investissements, non pas afin de faciliter la surveillance de la gestion de l'entreprise. Comme les pertes de Livent ne découlaient pas d'un défaut de solliciter des investissements, nous sommes d'avis de refuser l'indemnisation pour l'accroissement du déficit de liquidation de Livent à compter de l'automne 1997.

[112] Nous sommes toutefois d'avis d'accorder une indemnité pour l'augmentation du déficit de liquidation qui a suivi le rapport de 1997. Nous sommes d'accord avec le juge de première instance pour dire que [TRADUCTION] « Deloitte n'aurait pas dû approuver le rapport de 1997 au début d'avril 1998 » (par. 242) et que l'augmentation consécutive du déficit de liquidation de Livent relevait de l'obligation de diligence à laquelle Deloitte était tenue envers Livent quant à la préparation d'une vérification exigée par la loi, laquelle visait expressément à aider Livent à surveiller la gestion de l'entreprise.

[113] Le juge de première instance a évalué les dommages subis par Livent après le rapport de 1997 à 53,9 millions de dollars (par. 306, note 188, et par. 369, note 228). Si l'on applique à cette somme la réduction pour éventualités de 25 pour 100 ordonnée par le juge de première instance, on obtient la somme de 40 425 000 dollars. C'est là la somme dont Deloitte est responsable.

[114] Tout au long du litige, les parties ont considéré qu'il s'agissait principalement d'une poursuite fondée sur la négligence. C'est aussi ce que le juge de première instance a fait remarquer (par. 47). Au

for negligent performance of a service or breach of contract would be identical (*ibid.*). The trial judge agreed, finding that Livent’s claim in contract “succeed[ed] . . . for the [same] reasons” as its claim of negligent performance of a service and that the elements of its claim in contract were “incorporated by reference to the finding of ‘negligence’” (para. 243). Given the above, we would impose the same quantum of liability on Deloitte for the concurrent claim in breach of contract.

[115] Accordingly, the appeal is allowed in part. The amount of the trial award is reduced from \$84,750,000 to \$40,425,000. Livent shall have its costs throughout.

The reasons of McLachlin C.J. and Wagner and Côté JJ. were delivered by

[116] THE CHIEF JUSTICE (dissenting in part) — Garth Drabinsky and Myron Gottlieb built a North American theatre empire that came to be known as Livent Inc. Seeking ever more spectacular success, they resorted to manipulating the company’s financial records. When the scheme came to light, Livent collapsed. Its assets were liquidated. Drabinsky and Gottlieb went to jail.

[117] This is among the many lawsuits that followed. The courts below held that Deloitte & Touche, a firm of accountants and Livent’s auditor, breached the duty of care it owed to Livent in failing to detect and expose Livent’s fraud, as a result of which Livent was able to continue operations and continue losing money — money it now claims from Deloitte.

[118] I agree with the courts below that Deloitte owed a duty of care to Livent, which it breached

procès, Livent a reconnu que ses pertes attribuables à la prestation négligente d’un service ou à la violation de contrat seraient identiques (*ibid.*). Le juge de première instance a acquiescé et a conclu que la demande de Livent fondée sur le contrat était [TRADUCTION] « accueillie [. . .] pour les [mêmes] raisons » qu’il accueillait sa demande fondée sur la prestation négligente d’un service, et que les éléments de sa demande fondée sur le contrat étaient « incorporés par renvoi à la conclusion relative à la “négligence” » (par. 243). Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d’avis d’imposer à Deloitte une responsabilité dans la même mesure pour la demande concurrente fondée sur la violation de contrat.

[115] En conséquence, le pourvoi est accueilli en partie. La somme de 84 750 000 dollars accordée en première instance est réduite à 40 425 000 dollars. Livent a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Wagner et Côté rendus par

[116] LA JUGE EN CHEF (dissidente en partie) — Garth Drabinsky et Myron Gottlieb ont édifié dans le domaine du théâtre un empire nord-américain qui s’est fait connaître sous le nom de Livent Inc. À la poursuite d’un succès encore plus fulgurant, ils ont recouru à la manipulation des documents financiers de l’entreprise. Lorsque le stratagème a été découvert, Livent s’est effondrée. Ses actifs ont été liquidés. MM. Drabinsky et Gottlieb ont été incarcérés.

[117] L’affaire qui nous occupe compte parmi les nombreuses poursuites qui ont suivi. Les juridictions inférieures ont jugé que Deloitte & Touche, un cabinet de comptables et vérificateur de Livent, a manqué à l’obligation de diligence envers cette dernière lorsqu’elle n’a pas détecté et dénoncé la fraude commise par Livent, ce qui a fait en sorte que Livent a pu poursuivre ses activités et continuer à perdre de l’argent — argent qu’elle réclame maintenant à Deloitte.

[118] Je suis d’accord avec les juridictions inférieures pour dire que Deloitte avait une obligation

when it failed to discover and expose Livent's fraud in the audited statements it prepared. However, I do not agree that Deloitte is liable for virtually all the loss that befell Livent as it pursued its precipitous decline into insolvency through doomed investments. I would allow the appeal.

### I. Facts

[119] The saga that led to these proceedings began in 1989 when two would-be entertainment moguls, Drabinsky and Gottlieb, launched a takeover bid of their employer, Cineplex Odeon Corporation. When the bid failed, the pair formed MyGar Partnership, which purchased all of the assets and some of the liabilities of Cineplex's live entertainment division. These included Toronto's Pantages Theatre and the rights to a wildly successful show, *The Phantom of the Opera*. MyGar carried on business through its nominee corporation, Live Entertainment Corporation of Canada Inc., and both entities were rolled into Live Entertainment of Canada Inc., or Livent Inc., in 1993. Livent made its debut in Canada's equity market with an initial public offering that year. By the end of 1995, Livent's shares were also listed on New York's NASDAQ exchange.

[120] Deloitte & Touche (now Deloitte LLP) became MyGar's auditor in 1989 and continued as auditors for MyGar and its successor Livent until 1998.

[121] Livent's strategy was vertical integration. Unlike other players in the live entertainment industry, it brought the entire enterprise, from production to performance, under one roof — a roof that Livent, as a proprietor of theatre properties, also owned. This was an immensely costly and risky undertaking. Livent invested in real estate in Toronto, Vancouver, New York, and Chicago. It produced and presented

de diligence envers Livent, obligation à laquelle elle a manqué lorsqu'elle n'a pas détecté et dénoncé la fraude commise par Livent dans les états financiers vérifiés qu'elle a préparés. Cependant, je ne suis pas d'accord pour dire que Deloitte est responsable de pratiquement toutes les pertes qu'a subies Livent alors qu'elle semblait rapidement dans l'insolvabilité en raison d'investissements voués à l'échec. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

### I. Les faits

[119] La saga qui a mené à ces procédures a commencé en 1989, lorsque deux aspirants magnats du spectacle, MM. Drabinsky et Gottlieb, ont lancé une offre publique d'achat visant leur employeur, Cineplex Odeon Corporation. Lorsque leur offre a échoué, ils ont constitué la société MyGar Partnership qui a acheté tous les éléments d'actif et certains éléments de passif de la division des spectacles sur scène de Cineplex. Il s'agissait notamment du Pantages Theatre de Toronto et des droits sur un spectacle connaissant un incroyable succès, *The Phantom of the Opera* (*Le Fantôme de l'Opéra*). MyGar a mené ses activités par l'intermédiaire de sa société prête-nom, Live Entertainment Corporation of Canada Inc., et en 1993, ces deux entités ont fusionné pour devenir Live Entertainment of Canada Inc., ou Livent Inc. Livent a percé le marché boursier canadien en lançant la même année un premier appel public à l'épargne. À la fin de 1995, les actions de Livent étaient aussi cotées au marché d'actions NASDAQ de New York.

[120] Deloitte & Touche (maintenant Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l.) est devenue le vérificateur de MyGar en 1989 et a continué d'agir à ce titre pour MyGar et son successeur, Livent, jusqu'en 1998.

[121] Livent a eu recours à la stratégie d'intégration verticale. Contrairement à d'autres acteurs de l'industrie des spectacles sur scène, Livent a regroupé l'ensemble des activités, de la production à la présentation des spectacles, sous un même toit, lequel appartenait d'ailleurs à Livent en sa qualité de propriétaire de théâtres. Il s'agissait d'un projet extrêmement coûteux et risqué. Livent a investi

a string of spectacular (and therefore expensive) musicals. When its shows succeeded, Livent reaped all the rewards. When they did not, it bore the losses alone.

[122] Drabinsky and Gottlieb were determined to prove that their business model worked. To be sure it did, they and their associates cooked the books. They did so in four ways:

- i. Drabinsky and Gottlieb pocketed some \$7.5 million in kickbacks in the two years before Livent's initial public offering. These they secured by causing MyGar to pay false or inflated invoices to various contractors, who in turn directed funds to Drabinsky and Gottlieb personally or to another company they controlled. A substantial portion of the falsified expenses were booked as assets. Drabinsky and Gottlieb's balance sheets were thus infused with fantasy as early as 1991.
- ii. Livent officers and employees distorted the company's financial records by shifting expenses between accounting periods and from one activity or production to another. They doctored Livent's accounting software to permit and conceal these manipulations.
- iii. Livent overstated its bottom line by extending the time over which it amortized the costs of putting on its productions and, in some periods, by avoiding amortization altogether. This it did by transferring millions of dollars of "pre-production costs" from shows to fixed assets or from one show to another, and particularly to shows that had not yet opened.

dans le secteur immobilier à Toronto, Vancouver, New York et Chicago. Elle a produit et présenté une série de comédies musicales spectaculaires (et par conséquent coûteuses). Lorsque les spectacles étaient couronnés de succès, Livent récoltait tous les fruits. Dans le cas contraire, elle assumait seule les pertes.

[122] Messieurs Drabinsky et Gottlieb voulaient à tout prix démontrer que leur modèle d'entreprise fonctionnait bien. Pour y arriver, de concert avec leurs associés, ils ont falsifié les comptes, et ce, de quatre manières :

- i. Messieurs Drabinsky et Gottlieb ont empoché quelque 7,5 millions de dollars en pots-de-vin au cours des deux années précédant le premier appel public à l'épargne de Livent. Ils y sont parvenus en faisant payer par MyGar des factures fausses ou gonflées à divers entrepreneurs, qui versaient en retour de l'argent à MM. Drabinsky et Gottlieb personnellement ou à une autre société que ceux-ci contrôlaient. Une partie importante des dépenses falsifiées étaient consignées comme des éléments d'actif. Les bilans de MM. Drabinsky et Gottlieb étaient donc truffés de faussetés dès 1991.
- ii. Les dirigeants et les employés de Livent ont falsifié les documents financiers de l'entreprise en transférant les dépenses d'une période comptable à une autre et d'une activité ou production à une autre. Ils ont trafiqué le logiciel de comptabilité de Livent pour effectuer et dissimuler ces manœuvres.
- iii. Livent a exagéré son résultat net en prolongeant la période d'amortissement des coûts de production de ses spectacles et, pour certaines périodes, en écartant complètement l'amortissement. À cette fin, elle a transféré des millions de dollars des « coûts préalables à la production » de ses spectacles vers des biens immobilisés ou d'un spectacle à l'autre et, en particulier, à des spectacles qui n'étaient pas encore présentés.



iv. The company recorded imaginary revenue by entering into loan or financing agreements that it camouflaged as asset sales. Livent purported to sell various rights related to its productions and properties, but simultaneously entered into secret side agreements permitting purchasers to recover what they had paid. The revenue booked from such transactions ran well into the millions of dollars.

[123] Livent not only misled the markets, it also fooled its auditor. Deloitte never uncovered the company's schemes. Livent continued to raise investment capital and reinvest it in unprofitable theatre enterprises. Deloitte's auditors report for Livent's Fiscal Year 1997 did not disclose the fraud and, although Deloitte objected when Gottlieb presented a misleading quarterly financial statement to the Audit Committee in August 1997, it did not resign.

[124] The truth came to light in 1998. New equity investors appointed new management, who discovered "irregularities". Deloitte retracted its audit opinions for 1996 and 1997. A subsequent investigation and re-audit resulted in restated financial reports. Drabinsky and Gottlieb were suspended, fired, and convicted of fraud.

[125] Livent filed for insolvency protection in both Canada and the United States in November 1998 and sold its assets in August 1999. It went into receivership the following month. The trial judge found that Livent lost \$113,000,000 between the time of Deloitte's negligent failure to end its relationship with Livent and Livent's insolvency. He reduced that amount by 25 percent for contingencies and awarded \$84,750,000 in damages. Livent seeks to recover this loss from Deloitte.

iv. L'entreprise a enregistré des revenus fictifs en concluant des conventions de prêt ou des accords de financement qu'elle camouflait en ventes d'actifs. Livent a prétendu vendre différents droits afférents à ses productions et propriétés, tout en concluant en même temps des accords parallèles secrets qui permettaient aux acheteurs de recouvrer le prix payé. Les recettes inscrites aux livres provenant de ces transactions se chiffraient largement en millions de dollars.

[123] Livent a non seulement induit les marchés en erreur, elle a aussi trompé son vérificateur. Deloitte n'a jamais découvert les stratagèmes de la société. Livent a continué à réunir des capitaux d'investissement et à les réinvestir dans des projets de scène non rentables. Le rapport du vérificateur présenté par Deloitte pour l'exercice de 1997 de Livent n'a pas révélé la fraude, et même si elle a exprimé son opposition lorsque Gottlieb a présenté des états financiers trimestriels falsifiés au comité de vérification en août 1997, Deloitte n'a pas démissionné.

[124] La vérité a éclaté en 1998. De nouveaux investisseurs ont nommé d'autres dirigeants, qui ont découvert des « irrégularités ». Deloitte a fait une rétractation concernant ses opinions du vérificateur relatives aux exercices 1996 et 1997. Une enquête et une nouvelle vérification subséquentes ont donné lieu à des états financiers modifiés. Messieurs Drabinsky et Gottlieb ont été suspendus, congédiés et déclarés coupables de fraude.

[125] En novembre 1998, Livent a demandé la protection contre l'insolvabilité au Canada et aux États-Unis et en août 1999, elle a vendu ses éléments d'actif. Elle a été mise sous séquestre le mois suivant. Le juge de première instance a conclu que Livent avait subi des pertes de 113 000 000 de dollars entre le moment où Deloitte a négligé de mettre un terme à sa relation avec Livent et l'insolvabilité de Livent. Il a diminué ce montant de 25 pour 100 pour tenir compte des imprévus et a accordé des dommages-intérêts s'élevant à 84 750 000 dollars. Livent cherche à recouvrer ces pertes auprès de Deloitte.

## II. Judicial History

[126] Livent sued Deloitte for \$450,000,000 and other relief. It advanced concurrent claims in tort and contract; the parties agreed that the damages under either head would be the same. Livent claimed that Deloitte was responsible for every dollar Livent lost from the date of Deloitte's breach of duty. Deloitte's defence was that most of the losses claimed were beyond the scope of Deloitte's legal responsibility. The courts below largely sided with Livent.

### A. *Ontario Superior Court of Justice (Commercial List) (Gans J.), 2014 ONSC 2176, 11 C.B.R. (6th) 12*

[127] The trial judge held that Deloitte owed a duty of care to provide accurate information to Livent's shareholders. He held that the standard of care under this duty required Deloitte to take steps that would have effectively cut off Livent's access to the capital markets and forced it into formal insolvency as early as 14 months before it ultimately filed for insolvency protection. The trial judge concluded that Deloitte failed to meet this standard of care, either when it failed to discover the fraud and act on that discovery in August 1997, or when it signed off on Livent's 1997 financial statements in April 1998.

[128] The trial judge held that the measure of damages was the difference between Livent's value when the breach occurred, and Livent's value at the time of insolvency (\$113,000,000). He reduced this by 25 percent to account for "contingencies" or "trading losses" sustained as a result of Livent's "unprofitable but legitimate theatre business" (paras. 324-26), which he held were too remote to make Deloitte liable.

## II. Historique judiciaire

[126] Livent a poursuivi Deloitte pour 450 000 000 de dollars et demandé d'autres mesures de réparation. Elle a présenté des demandes concurrentes en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle; les parties ont convenu que, dans un cas ou dans l'autre, le montant des dommages-intérêts serait le même. Livent a soutenu que Deloitte était responsable de chaque dollar qu'elle a perdu à compter de la date du manquement, par Deloitte, à son obligation de diligence. Deloitte a plaidé en défense que la plupart des pertes alléguées échappaient à la portée de sa responsabilité juridique. Les juridictions inférieures ont tranché principalement en faveur de Livent.

### A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (rôle des affaires commerciales) (le juge Gans), 2014 ONSC 2176, 11 C.B.R. (6th) 12*

[127] Le juge de première instance a conclu que Deloitte avait une obligation de diligence pour fournir des renseignements exacts aux actionnaires de Livent. Il a estimé que la norme de diligence en vertu de cette obligation exigeait que Deloitte prenne des mesures qui auraient effectivement privé Livent de l'accès aux marchés des capitaux et l'auraient obligée à déclarer faillite 14 mois avant que cette dernière demande finalement la protection contre l'insolvabilité. Le juge a conclu que Deloitte n'avait pas respecté cette norme de diligence, soit en août 1997, lorsqu'elle n'a pas découvert la fraude et n'a pas pris les mesures que cette découverte rendait nécessaires, ou en avril 1998, lorsqu'elle a approuvé les états financiers de 1997 de Livent.

[128] Le juge de première instance a conclu que le montant des dommages-intérêts équivalait à l'écart entre la valeur de Livent au moment où le manquement a eu lieu et la valeur de Livent au moment de l'insolvabilité (113 000 000 de dollars). De ce montant, il a retranché 25 pour 100 pour tenir compte des [TRADUCTION] « imprévus » ou des « pertes commerciales » attribuables aux « activités de scène non rentables mais légitimes » (par. 324-326) de Livent, qui, selon le juge, étaient trop éloignées pour que Deloitte puisse en être tenue responsable.

[129] The trial judge also rejected Deloitte's submission that Livent's recovery should be either barred by the defence of illegality, or reduced on account of contributory fault pursuant to s. 3 of the *Negligence Act*, R.S.O. 1990, c. N.1.

[130] The trial judge consequently awarded damages to Livent for breach of its duty of care, and alternatively for breach of contract, in the amount of \$84,750,000.

B. *Court of Appeal for Ontario (Strathy C.J. and Blair and Lauwers J.J.A.), 2016 ONCA 11, 128 O.R. (3d) 225*

[131] The Court of Appeal upheld the trial judge's award and dismissed both the appeal and cross-appeal.

### III. Analysis

[132] The only issue on this appeal is whether Deloitte is liable for the lion's share of the loss Livent sustained after it failed to detect the fraud of the company's principals and report it in its audit statements (the total loss less a 25 percent discount for contingencies and Livent's improvident investments). Livent claims that if Deloitte had reported the fraud when it should have, it would have been put out of business, which would have saved it from the loss that it suffered thereafter. Instead, it was able to continue to raise more capital and spend it in ways that decreased Livent's net worth. Deloitte argues that it is not liable for the full extent of Livent's pre-liquidation loss because this loss falls outside the scope of Deloitte's duty of care, or is too "remote" from the legal cause.

[133] The law of negligent misstatement has limited recovery of pure economic (financial) loss for two reasons. The first reason is that it may be unfair to hold a person who makes a negligent

[129] Le juge de première instance a également rejeté l'argument de Deloitte selon lequel l'illégalité invoquée comme moyen de défense devait empêcher Livent de toucher une indemnité, ou le montant de cette indemnité devait être réduit pour cause de faute contributoire suivant l'art. 3 de la *Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1990, c. N.1.

[130] En conséquence, le juge de première instance a accordé à Livent des dommages-intérêts s'élevant à 84 750 000 dollars pour manquement à son obligation de diligence ou, autrement, pour violation de contrat.

B. *Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Strathy et les juges Blair et Lauwers), 2016 ONCA 11, 128 O.R. (3d) 225*

[131] La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance et a rejeté l'appel et l'appel incident.

### III. Analyse

[132] En l'espèce, la seule question en litige est de savoir si Deloitte est responsable de la majeure partie des pertes que Livent a subies après que Deloitte n'ait pas réussi à découvrir la fraude commise par les dirigeants de l'entreprise et à la signaler dans ses états financiers vérifiés (la perte totale diminuée de 25 pour 100 pour les imprévus et les mauvais investissements de Livent). Livent affirme que si Deloitte avait signalé la fraude au moment où elle aurait dû le faire, Livent aurait été forcée de cesser ses activités, ce qui lui aurait évité de subir la perte qu'elle a subie par la suite. Elle a plutôt continué à réunir des capitaux et à les dépenser d'une façon qui diminuait la valeur nette de Livent. Deloitte plaide qu'elle n'est pas responsable de la totalité de la perte subie avant la liquidation de Livent parce que cette perte échappe à l'étendue de l'obligation de diligence de Deloitte, ou parce qu'elle est trop « éloignée » de la cause juridique.

[133] Le droit en matière de déclarations inexactes faites par négligence prévoit une indemnisation limitée des pertes purement économiques (financières) pour deux raisons. La première, c'est qu'il peut être

misstatement liable for all loss incurred thereafter, where other decisions and acts contributed to that loss. This is referred to as the fair allocation of loss principle. The second reason is to avoid the spectre of indeterminate liability, which the law of negligence has never countenanced.

[134] These two reasons — one of principle and the other of policy — are complementary. They work together to ensure fair outcomes and promote predictability in the law.

[135] As Lord Bridge observed in *Caparo Industries plc. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.), at p. 576:

To hold the maker of the statement to be under a duty of care in respect of the accuracy of the statement to all and sundry for any purpose for which they may choose to rely on it is not only to subject him, in the classic words of Cardozo C.J., to “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class” ([*Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), at p. 444]), it is also to confer on the world at large a quite unwarranted entitlement to appropriate for their own purposes the benefit of the expert knowledge or professional expertise attributed to the maker of the statement.

See also *D’Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071, at para. 18; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 31; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at p. 1137, per McLachlin J.; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 99, quoting *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, at para. 54.

[136] For these reasons, common law courts have rejected a simple “but for” test for recovery of economic loss for negligent misstatement: *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12, at p. 44; *South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd.*, [1996] 3 All E.R. 365 (H.L.) (“SAAMCO”), at pp. 369-72, per Lord Hoffmann; *Hughes-Holland v.*

injuste de tenir une personne responsable de la totalité des pertes subies en raison de sa déclaration inexacte, alors que d’autres décisions et actes ont contribué à ces pertes : c’est ce qu’on appelle le principe de l’attribution équitable de la perte. La seconde est qu’il faut éviter le spectre de la responsabilité indéterminée, que le droit de la négligence n’a jamais admise.

[134] Ces deux raisons — une de principe et l’autre de politique générale — sont complémentaires. Ensemble, elles donnent lieu à des résultats justes et favorisent la prévisibilité du droit.

[135] Comme l’a fait observer lord Bridge dans *Caparo Industries plc. c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.), p. 576 :

[TRADUCTION] Conclure que l’auteur de la déclaration a, quant à son exactitude, une obligation de diligence envers toute personne qui voudrait l’invoquer à quelque fin que ce soit signifie non seulement lui imposer, selon l’énoncé classique du juge en chef Cardozo, « une responsabilité pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et envers une catégorie indéterminée » ([*Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), p. 444]), mais aussi conférer à des tiers le droit tout à fait injustifié de tirer profit pour leur propre bénéfice des connaissances d’expert ou de l’expertise professionnelle attribuée à l’auteur de la déclaration.

Voir également *D’Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071, par. 18; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, par. 31; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, p. 1137, la juge McLachlin; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 99, citant *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, par. 54.

[136] Pour ces raisons, les tribunaux de common law ont rejeté le critère simple du « facteur déterminant » pour l’indemnisation des pertes économiques causées par une déclaration inexacte faite par négligence : *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12, p. 44; *South Australia Asset Management Corp. c. York Montague Ltd.*, [1996] 3 All E.R. 365

*BPE Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029, at para. 38, per Lord Sumption; *Hogarth v. Rocky Mountain Slate Inc.*, 2013 ABCA 57, 542 A.R. 289, at paras. 37-38, per Slatter J.A.

[137] A “but for” test, which asks only whether the loss would not have been incurred if the wrongful act had not been committed, casts the net of liability too widely. It would make auditors or advisors retained for limited purposes the insurers of the entire venture and all that flows from it. It would not matter that the loss would not have occurred but for other decisions (like Livent’s ill-judged investment decisions in this case). Nor would it matter that the loss was the result of a complex web of decision making, months and years after the negligent misstatement was produced. All that would be required to recover all subsequent loss from the auditors would be to show that their misstatement played a role in launching the saga of subsequent loss. This is not fair; a person giving advice for one purpose should not be held liable for how other people use that information for other purposes, or be made to carry the entire loss. And, it would lead to indeterminate liability. An auditor giving advice would never know what its exposure might be, or whether its fee is adequate to cover the risk to which it exposes itself.

[138] Rejection of a “but for” test for assessing recovery of economic loss is cemented in the common law. But it is worth noting that Quebec civil law also recognizes the need to limit recovery of economic loss to losses that bear a sufficient connection to the wrongful feature of the defendant’s conduct: see *Wightman v. Widdrington (Succession)*, 2013 QCCA 1187, at paras. 229-31 and 243-46 (CanLII); see also D. Jutras, “Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?” (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 295, at pp. 308-9.

(H.L.) (« SAAMCO »), p. 369-372, lord Hoffmann; *Hughes-Holland c. BPE Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029, par. 38, lord Sumption; *Hogarth c. Rocky Mountain Slate Inc.*, 2013 ABCA 57, 542 A.R. 289, par. 37-38, le juge Slatter.

[137] Le critère du « facteur déterminant », qui vise seulement à déterminer si la perte n’aurait pas été subie si l’acte fautif n’avait pas été commis, donne une portée trop large à la responsabilité. Il ferait en sorte que les vérificateurs ou les conseillers dont les services ont été retenus à des fins limitées deviendraient les garants de tout le projet et de tout ce qui en découle. Il n’importerait pas que la perte ne se serait pas produite n’eût été d’autres décisions (comme, en l’espèce, les décisions peu judicieuses de Livent en matière d’investissement). Il n’importerait pas non plus que la perte soit causée par un enchevêtrement complexe de prises de décisions, prises des mois ou des années après la production de la déclaration inexacte faite par négligence. Pour obtenir l’indemnisation de la totalité des pertes subséquentes auprès des vérificateurs, il suffirait de montrer que leur déclaration inexacte a joué un rôle en déclenchant la saga des pertes subséquentes. Cela est injuste : une personne qui donne un conseil pour une fin précise ne devrait pas être tenue responsable de la façon dont d’autres personnes utilisent ce renseignement à d’autres fins, et ne devrait pas non plus avoir à assumer la totalité de la perte. Aussi, cela donnerait lieu à une responsabilité indéterminée. Un vérificateur qui donne un conseil ne pourrait jamais savoir à quoi il s’expose, ou si ses honoraires sont suffisants pour couvrir le risque auquel il s’expose.

[138] Le rejet du critère du « facteur déterminant » pour évaluer s’il y a lieu d’accorder l’indemnisation d’une perte économique est ancré dans la common law. Cependant, il convient de signaler que le droit civil du Québec reconnaît aussi la nécessité de limiter l’indemnisation des pertes économiques à celles qui ont un lien suffisant avec la caractéristique du comportement du défendeur qui en fait un acte fautif : voir *Wightman c. Widdrington (Succession)*, 2013 QCCA 1187, [2013] R.J.Q. 1054, par. 229-231 et 243-246; voir aussi D. Jutras, « Civil Law and Pure Economic Loss : What Are We Missing? » (1987), 12 *Rev. can. dr. comm.* 295, p. 308-309.

[139] Courts have given two doctrinal explanations for limiting recovery of economic loss following from a negligent misstatement. The first is to say that the *scope of the duty of care* of the advice-giver does not cover the loss claimed. The second is to say that the loss is *too remote* from the negligent act and thus was not legally caused by that act.

[140] While lawyers may argue over which approach is preferable, the fact once again is that they are complementary — two sides of the same coin. In fact, the inquiry into the duty of care and the inquiry into remoteness invoke similar considerations.

[141] The “scope of the duty of care” inquiry looks to the relationship between the defendant’s advice and the plaintiff’s loss. It asks if that relationship was “proximate”. In cases of economic loss, it inquires into the purpose for which the advice was given and asks whether a reasonable person would have expected, or “foreseen”, that negligent advice would lead to the loss in question by virtue of the plaintiff’s reliance on the advice: *Hercules*, at paras. 24 and 41. Put simply: Did the loss flow from the advice, or from subsequent decisions and circumstances? Thus, in *Caparo*, at p. 581, Lord Bridge confirmed that the scope of the tort determines the extent of the remedy to which the injured party is entitled. See also *Platform Home Loans Ltd. v. Oyston Shipways Ltd.*, [1999] 1 All E.R. 833 (H.L.), at p. 847, per Lord Hobhouse.

[142] The “remoteness” approach looks at similar factors to the “scope of the duty of care” approach — all pointing to the wrongdoing and its proximity to the loss claimed. The factors to be considered are not closed. The advice-giver’s knowledge of the claimant’s circumstances, the reasonable expectations arising from the relationship, and the presence of intervening factors that led to the loss may figure in the analysis: *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at paras. 12 and 14-16; *Citadel General Assurance Co. v. Vytlingam*, 2007 SCC 46, [2007] 3 S.C.R. 373, at

[139] Les tribunaux ont donné deux explications théoriques pour limiter les pertes économiques indemnisables à la suite d’une déclaration inexacte faite par négligence. Selon la première, *l’étendue de l’obligation de diligence* de la personne qui donne le conseil ne couvre pas la perte alléguée. Selon la deuxième, la perte est *trop éloignée* de l’acte négligent et n’a donc pas été causée, en droit, par cet acte.

[140] Bien que les avocats puissent débattre de l’approche qui est préférable, le fait est que celles-ci, encore, sont complémentaires — deux côtés de la même médaille. En fait, l’analyse relative à l’obligation de diligence et celle relative au caractère éloigné suscitent des considérations semblables.

[141] L’analyse relative à l’« étendue de l’obligation de diligence » porte sur la corrélation entre le conseil du défendeur et la perte du demandeur. Il faut se demander si cette corrélation était « immédiate ». Dans les cas de perte économique, elle vise la fin pour laquelle le conseil a été donné, et il faut se demander si une personne raisonnable aurait pu prévoir que le conseil donné par négligence aurait causé la perte en question en raison du fait que le demandeur s’y soit fié : *Hercules*, par. 24 et 41. Autrement dit, est-ce que la perte découlait du conseil, ou des décisions et circonstances subséquentes? Ainsi, dans *Caparo*, p. 581, lord Bridge a confirmé que la portée du délit détermine la réparation à laquelle a droit la partie lésée. Voir aussi *Platform Home Loans Ltd. c. Oyston Shipways Ltd.*, [1999] 1 All E.R. 833 (H.L.), p. 847, lord Hobhouse.

[142] L’approche relative au « caractère éloigné » porte sur des facteurs semblables à ceux de l’approche relative à l’« étendue de l’obligation de diligence » — les deux visent l’acte fautif et sa proximité à la perte alléguée. La liste des facteurs devant être pris en considération n’est pas exhaustive. La connaissance de la situation du demandeur par la personne donnant le conseil, les attentes raisonnables découlant de la relation et la présence de facteurs intermédiaires ayant mené à la perte sont des facteurs qui peuvent être pris en compte dans l’analyse : *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*,

para. 31; *Westmount (City) v. Rossy*, 2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136, at para. 48.

[143] I agree with Lord Sumption’s observation in *BPE Solicitors*, a recent decision from the United Kingdom Supreme Court, that however one looks at the matter — from the perspective of the scope of the duty of care or from the perspective of remoteness — one arrives at the same point. In his Lordship’s words, “[w]hether one describes the principle . . . as turning on the scope of the duty or the extent of the liability for breach of it does not alter the way in which the principle applies”: para. 38; see also L. N. Klar and C. S. G. Jefferies, *Tort Law* (6th ed. 2017), at pp. 565-66.

[144] For the purposes of these reasons, I will first consider whether the losses at issue fall within the scope of Deloitte’s duty of care. This inquiry takes us to the two-part analysis for determining the existence of a duty of care and its scope prescribed in *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.) — does the relationship between the parties give rise to a *prima facie* duty of care to avoid the type of loss claimed, and, if so, is that duty negated by policy considerations?

[145] Courts in the United Kingdom have resiled from a two-step *Anns* test, but continue to insist that the scope of the duty of care must be carefully limited having regard to the relationship between the defendant’s conduct and the plaintiff’s injuries, context and policy. They have insisted that there is no such thing as a duty of care in the abstract; the duty is always defined by its scope. As Lord Bridge stated in *Caparo*, at p. 581, “[i]t is never sufficient to ask simply whether A owes B a duty of care. It is always necessary to determine the scope of the duty by reference to the kind of damage from which A must take care to save B harmless”: see also *BPE*

2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 12 et 14-16; *Citadelle, Cie d’assurances générales c. Vytingam*, 2007 CSC 46, [2007] 3 R.C.S. 373, par. 31; *Westmount (Ville) c. Rossy*, 2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136, par. 48.

[143] Je suis d’accord avec lord Sumption qui fait observer, dans l’arrêt *BPE Solicitors*, une décision récente de la Cour suprême du Royaume-Uni, que peu importe sous quel angle on envisage l’affaire — que ce soit du point de vue de l’étendue de l’obligation de diligence ou de celui du caractère éloigné — on arrive au même point. Pour reprendre ses propres mots, [TRADUCTION] « [q]ue l’on décrive le principe [. . .] comme étant axé sur l’étendue de l’obligation ou sur la portée de la responsabilité pour manquement à celle-ci ne change pas la façon dont le principe s’applique » : par. 38; voir aussi L. N. Klar et C. S. G. Jefferies, *Tort Law* (6<sup>e</sup> éd. 2017), p. 565-566.

[144] Pour le besoin des présents motifs, j’examinerai tout d’abord si les pertes dont il est question sont visées par l’obligation de diligence de Deloitte. Cette analyse nous amène au critère en deux étapes visant à établir l’existence d’une obligation de diligence et son étendue, qui a été énoncé dans l’arrêt *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.) — est-ce que la relation entre les parties donne lieu à une obligation de diligence *prima facie* d’éviter le type de perte alléguée et, dans l’affirmative, cette obligation est-elle écartée par des considérations de principe?

[145] Au Royaume-Uni, les tribunaux ont abandonné le critère en deux étapes énoncé dans *Anns*, mais ils ont continué à exiger que l’étendue de l’obligation de diligence soit soigneusement circonscrite eu égard à la corrélation entre la conduite du défendeur et les dommages du demandeur, le contexte et la politique générale. Ils ont insisté sur le fait qu’il n’existe rien de tel qu’une obligation de diligence dans l’abstrait; l’obligation est toujours définie par son étendue. Comme l’a dit lord Bridge dans *Caparo*, p. 581, [TRADUCTION] « [i]l ne suffit jamais de se demander simplement si A a une obligation de diligence envers B. Il est toujours nécessaire de

*Solicitors*, at paras. 21-23; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1 (H.C.), at p. 40, per Brennan J.; *Platform Home Loans*, at p. 847, per Lord Hobhouse, quoting *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388 (P.C.) (“The Wagon Mound No. 1”), at p. 425; *Candler v. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426 (C.A.), at p. 436, per Denning L.J., dissenting.

[146] The first step of the *Anns* test asks whether there is proximity, or a sufficiently close relationship, between the parties. It focuses on the connection between the defendant’s undertaking (the breach of which is the wrongful act) and the loss claimed. Did the defendant owe the plaintiff a *prima facie* duty of care to prevent the loss, having regard to, on one hand, the reasonably foreseeable consequences of the defendant’s conduct given the proximity of the parties and, on the other hand, factors concerning the relationship between the parties that negate tort liability? (See *Cooper*, at paras. 30 and 34.) Questions of policy relating to the relationship between the parties should be considered at this step of the *Anns* analysis: *Cooper*, at para. 37.

[147] The purpose for which the statement was made (the undertaking) is pivotal in determining whether a particular type of economic loss was the reasonably foreseeable consequence of the negligence: *Hercules*, at paras. 37-40. Was it made to enable the company to raise capital? If so, a loss due to failure to raise capital may be recoverable. Was it made for the purpose of permitting shareholders to review the management of the company? If so, shareholders may recover for loss due to their inability to hold the company to account: *Hercules*, at paras. 51-57. In each case, one must determine the purpose for which the statement was made, and ask whether the loss in question is proximate, or closely connected to the failure of the defendant to fulfill that purpose.

déterminer l’étendue de l’obligation en fonction de la nature du préjudice contre lequel A doit exonérer B » : voir aussi *BPE Solicitors*, par. 21-23; *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1 (H.C.), p. 40, le juge Brennan; *Platform Home Loans Ltd.*, p. 847, lord Hobhouse, citant *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388 (C.P.) (« The Wagon Mound No. 1 »), p. 425; *Candler c. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426 (C.A.), p. 436, lord Denning, dissident.

[146] La première étape du critère établi dans *Anns* consiste à déterminer s’il y a proximité, ou une relation suffisamment étroite, entre les parties. Elle est axée sur le lien entre l’engagement du défendeur (dont la violation constitue l’acte fautif) et la perte alléguée. Le défendeur avait-il envers le demandeur une obligation de diligence *prima facie* consistant à empêcher la perte eu égard, d’une part, aux conséquences raisonnablement prévisibles de la conduite du défendeur compte tenu de la proximité des parties et, d’autre part, aux facteurs relatifs à la relation entre les parties qui annihilent la responsabilité délictuelle? (Voir *Cooper*, par. 30 et 34.) À cette étape de l’analyse retenue dans *Anns*, il faut examiner les questions de politique relatives au lien existant entre les parties : *Cooper*, par. 37.

[147] La fin pour laquelle la déclaration a été faite (l’engagement) joue un rôle capital pour établir si un type précis de perte économique était la conséquence raisonnablement prévisible de la négligence : *Hercules*, par. 37-40. A-t-elle été faite pour permettre à l’entreprise de réunir des capitaux? Dans l’affirmative, une perte causée par le défaut de réunir des capitaux pourrait être indemnisable. A-t-elle été faite pour permettre aux actionnaires d’examiner la gestion de l’entreprise? Dans l’affirmative, les actionnaires pourraient être indemnisés pour leur perte en raison de leur incapacité à demander des comptes à l’entreprise : *Hercules*, par. 51-57. Dans chaque cas, il faut établir à quelle fin la déclaration a été faite, et se demander si la perte en question est immédiate, ou étroitement liée au défaut du défendeur de mener à bien cette fin.



[148] Where an auditor falsely or wrongfully represents that the audit statements are sound and can therefore be used for their intended purpose, this constitutes negligence, or wrongdoing. Economic loss tied to that particular wrongdoing is recoverable; other loss is not. Whether in the United Kingdom, Quebec or the common law provinces of Canada, courts focus on the precise nature of the wrongdoing to determine what loss is recoverable. As Lord Sumption explained in *BPE Solicitors*, to be a reasonably foreseeable consequence of the defendant's wrongdoing, the economic loss claimed must have "flowed from the right thing, i.e. from the particular feature of the defendant's conduct which made it wrongful": para. 38. Or as Lord Hoffmann said in *SAAMCO*, at p. 371:

Normally the law limits liability to those consequences which are attributable to that which made the act wrongful. In the case of liability in negligence for providing inaccurate information, this would mean liability for the consequences of the information being inaccurate.

See also *Burns v. Homer Street Development Limited Partnership*, 2016 BCCA 371, 91 B.C.L.R. (5th) 383, at para. 106; *Hogarth*, at paras. 37-38, per Slatter J.A.

[149] Lord Sumption pointed out in *BPE Solicitors*, at para. 44, that the scope of the duty of care and the extent of the defendant's responsibility turns on the specific circumstances that inform the purpose for which the statement was prepared:

A valuer or a conveyancer, for example, will rarely supply more than a specific part of the material on which his client's decision is based. He is generally no more than a provider of what Lord Hoffmann [in *SAAMCO*] called "information". At the opposite end of the spectrum, an investment adviser advising a client whether to buy a particular stock, or a financial adviser advising whether to invest self-invested pension fund in an annuity are likely, in Lord Hoffmann's terminology, to be regarded as giving "advice". Between these extremes, every case is likely to depend on the range of matters for which the

[148] Lorsqu'un vérificateur déclare faussement ou à tort que les états financiers vérifiés sont valables et peuvent donc être utilisés pour les fins auxquelles ils sont destinés, cela constitue de la négligence ou un acte fautif. La perte économique liée à cet acte fautif précis est indemnisable; les autres pertes ne le sont pas. Que ce soit au Royaume-Uni, au Québec ou dans les provinces de common law du Canada, les tribunaux se concentrent sur la nature précise de l'acte fautif afin de déterminer quelle perte est indemnisable. Comme lord Sumption l'a expliqué dans *BPE Solicitors*, pour que la perte économique alléguée soit une conséquence raisonnablement prévisible de l'acte fautif du défendeur, elle doit avoir [TRADUCTION] « découlé de la bonne chose, soit de la caractéristique particulière qui fait du comportement du défendeur un acte fautif » : par. 38. Ou comme l'a affirmé lord Hoffmann dans *SAAMCO*, p. 371 :

[TRADUCTION] Normalement le droit limite la responsabilité aux conséquences attribuables à ce qui fait en sorte que l'acte commis est fautif. Lorsque la responsabilité pour négligence découle du fait d'avoir fourni des renseignements inexacts, elle se rattache aux conséquences qu'entraîne l'inexactitude des renseignements.

Voir également *Burns c. Homer Street Development Limited Partnership*, 2016 BCCA 371, 91 B.C.L.R. (5th) 383, par. 106; *Hogarth*, par. 37-38, le juge Slatter.

[149] Dans *BPE Solicitors*, lord Sumption a signalé au par. 44 que l'étendue de l'obligation de diligence et la portée de la responsabilité du défendeur dépendront des circonstances précises qui éclairent la fin pour laquelle la déclaration a été préparée :

[TRADUCTION] L'évaluateur ou le rédacteur d'actes translatifs de propriété, par exemple, ne communiquera que rarement plus qu'une partie précise des renseignements sur lesquels repose la décision de son client. De manière générale, il se limite à fournir ce que lord Hoffmann [dans *SAAMCO*] appelait de l'« information ». À l'autre extrémité du spectre, un conseiller en placements qui conseille un client au sujet de l'achat de certaines actions en bourse, ou un conseiller financier qui se prononce sur l'opportunité d'investir dans une rente des sommes détenues dans un fonds de retraite autogéré sont susceptibles,

defendant assumed responsibility and no more exact rule can be stated.

See also *Aneco Reinsurance Underwriting Ltd. (in liquidation) v. Johnson & Higgins Ltd.*, [2001] UKHL 51, [2001] 2 All E.R. (Comm.) 929, at paras. 40-41, per Lord Steyn, and para. 66, per Lord Millett; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Deloitte & Touche*, 2016 ONCA 922, 133 O.R. (3d) 561, at paras. 46-47 and 69-71; *Temseel Holdings Ltd. v. Beaumonts Chartered Accountants*, [2002] EWHC 2642 (Comm.), [2003] P.N.L.R. 27, at paras. 22-29 and 57-62.

[150] The purpose for which the audit report is provided is a matter of fact based on the evidence adduced at trial: *BPE Solicitors*, at para. 44; *Aneco*, at paras. 40-41, per Lord Steyn, and para. 66, per Lord Millett; *Canadian Imperial Bank of Commerce*, at para. 47; *Temseel*, at paras. 57-62. Legal obligations imposed by statute may be relevant: *Hercules*, at para. 49.

[151] Against this background, I turn to the question at hand: What was the scope of the duty of care owed by Deloitte to Livent? The key to answering this question is the purpose for which Deloitte prepared the statements, which in turn defines the wrongful act — the negligent failure to provide the correct information for the intended purpose.

[152] In this case, three purposes of Livent's audit statements are discernable: (1) to report accurately on Livent's finances and provide it with audit opinions on which it could rely for the purpose of attracting investment; (2) to uncover heretofore undetected errors or wrongdoing by Livent or its personnel for the purpose of enabling Livent itself to correct or otherwise respond to the misfeasance; and (3) to provide audit reports on which Livent's shareholders could rely to supervise the company's management (see e.g. Part XII of the *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16; trial reasons, at paras. 89-96

selon le propos de lord Hoffmann, d'être considérés comme ayant fourni des « opinions ». Entre ces deux extrêmes, chaque cas dépendra probablement de la gamme de questions au sujet desquelles le défendeur a assumé une responsabilité, et on ne peut énoncer à cet égard une règle plus précise.

Voir aussi *Aneco Reinsurance Underwriting Ltd. (in liquidation) c. Johnson & Higgins Ltd.*, [2001] UKHL 51, [2001] 2 All E.R. (Comm.) 929, par. 40-41, lord Steyn, et par. 66, lord Millett; *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Deloitte & Touche*, 2016 ONCA 922, 133 O.R. (3d) 561, par. 46-47 et 69-71; *Temseel Holdings Ltd. c. Beaumonts Chartered Accountants*, [2002] EWHC 2642 (Comm.), [2003] P.N.L.R. 27, par. 22-29 et 57-62.

[150] Les fins pour lesquelles le rapport du vérificateur est produit est une question de faits qui repose sur la preuve présentée au procès : *BPE Solicitors*, par. 44; *Aneco*, par. 40-41, lord Steyn, et par. 66, lord Millett; *Canadian Imperial Bank of Commerce*, par. 47; *Temseel*, par. 57-62. Les obligations qu'imposent les lois peuvent être pertinentes : *Hercules*, par. 49.

[151] Dans ce contexte, j'aborde maintenant la question qui nous occupe : quelle était l'étendue de l'obligation de diligence de Deloitte envers Livent? Pour répondre à cette question, il faut savoir à quelles fins Deloitte a préparé les déclarations, ce qui définira l'acte fautif, soit l'omission par négligence de fournir les renseignements exacts pour les fins visées.

[152] En l'espèce, on peut discerner trois fins auxquelles devaient servir les états financiers vérifiés par Livent : (1) présenter un état exact de la situation financière de Livent et lui fournir des opinions du vérificateur qu'elle pourra utiliser pour attirer des investissements; (2) découvrir des erreurs ou des actes fautifs commis par Livent ou ses employés jusque-là passés inaperçus, afin de permettre à Livent de corriger elle-même cette faute ou de prendre des mesures à cet égard; et (3) fournir des rapports de vérification qui serviraient à la surveillance de la gestion de l'entreprise par les actionnaires (voir p. ex. la partie XII

and 280). Livent was entitled to recover for losses occasioned by its own or its shareholders' reliance on Deloitte's audit work for these purposes.

[153] The scope of Deloitte's duty of care is defined solely by these purposes. Did its negligence prevent Livent from attracting investment? Did its negligence prevent Livent from uncovering undetected wrongdoing for the purpose of allowing Livent to correct the misfeasance? Finally, did its negligence prevent shareholders from supervising the company's management? Loss that results from inability to attract investment, from inability of Livent to correct undetected wrongdoing, or from inability of the shareholders to exercise their supervisory authority, may fall within the scope of Deloitte's duty of care.

[154] The first possibility is that Deloitte's wrongful act deprived Livent of the ability to attract investment capital. Livent does not rely on this; in fact, Livent attracted a great deal of capital on the strength of Deloitte's statements. Indeed, that is the essence of its complaint — if it had not been able to attract this money, it would not have been able to spend it on new theatre ventures that failed and decreased Livent's worth. The company's assets were not diminished by an inability to attract investment, but by Livent's improvident management of those investments, revealed only on insolvency.

[155] The second possibility is that the wrongful act prevented Livent — the company itself — from detecting misfeasance in the company's management which Livent's officials would have corrected if they had known the true state of affairs. This possibility envisions the situation where a company's management, acting honestly and diligently, is unable to deal with internal misfeasance because the auditors negligently failed to reveal it.

[156] This is not Livent's situation. Livent led no evidence that its management did not know of

de la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, c. B.16; motifs de première instance, par. 89-96 et 280). Livent avait le droit d'être indemnisée pour les pertes occasionnées par le fait qu'elle-même et ses actionnaires se sont fiés aux rapports de vérification de Deloitte à ces fins.

[153] Ces fins seulement définissent l'étendue de l'obligation de diligence de Deloitte. Sa négligence a-t-elle empêché Livent d'attirer des investissements? Sa négligence a-t-elle empêché Livent de découvrir des actes fautifs passés inaperçus pour qu'elle puisse corriger la faute? Enfin, sa négligence a-t-elle empêché les actionnaires de surveiller la gestion de l'entreprise? Les pertes découlant de l'incapacité à attirer des investissements, de l'incapacité de Livent à corriger des fautes passées inaperçues ou de l'incapacité des actionnaires d'exercer leur pouvoir de surveillance, peuvent toutes être visées par l'obligation de diligence de Deloitte.

[154] La première possibilité est que l'acte fautif de Deloitte a empêché Livent d'attirer des capitaux d'investissement. Livent n'invoque pas cet argument; en fait, elle a attiré beaucoup de capitaux grâce aux déclarations de Deloitte. Il s'agit là de l'essence de sa plainte — si elle n'avait pas réussi à attirer ces capitaux, elle n'aurait pas pu les dépenser dans de nouveaux spectacles, qui se sont avérés des échecs et qui ont diminué la valeur de Livent. L'actif de l'entreprise n'a pas été diminué par son incapacité à attirer des investissements, mais plutôt par la gestion inconsidérée de ces investissements par Livent, révélée seulement lors de l'insolvabilité.

[155] La deuxième possibilité est que l'acte fautif a empêché Livent — l'entreprise elle-même — de déceler dans la gestion de l'entreprise la faute que les dirigeants de Livent auraient corrigée s'ils avaient été au courant du véritable état des choses. Cette possibilité suppose une situation où la direction de l'entreprise, agissant en toute honnêteté et avec diligence, n'est pas en mesure de corriger la faute interne parce que les vérificateurs ont négligé de la révéler.

[156] Telle n'est pas la situation de Livent. Livent n'a présenté aucune preuve que ses dirigeants

Drabinsky's and Gottlieb's misfeasance; indeed, it likely could not have done so. Drabinsky and Gottlieb, the fraudsters, were themselves the management. Far from relying on the audited statements as assurance that everything was well with the company, Drabinsky and Gottlieb knew the audit reports were inaccurate. There is no evidence that anyone at a lower level of Livent management would have blown the whistle if Livent's statements had revealed the fraud at an earlier date.

[157] The third possibility is that Deloitte's wrongdoing prevented Livent's shareholders from exercising shareholder supervision in a manner that would have ended the corporation's loss-creating activities at an earlier date. Livent argues (and my colleagues Gascon and Brown JJ. accept) that it relied on Deloitte to produce a report on the basis of which its shareholders could discharge their supervisory function, which all agree was one of the purposes for which the audited statements were prepared. Livent argues, and my colleagues conclude, that all loss that shareholder supervision might have avoided is recoverable — including the decline in the value of the company.

[158] This proposition faces two difficulties. The first is that Livent never proved, nor did the trial judge find, the elements necessary to establish it. The second is a related policy concern: to allow recovery in the absence of the required proof would be to open the door to indeterminate recovery. I will consider each of these difficulties in turn.

[159] First, although the trial judge's reasons refer to Deloitte's duty to Livent's shareholders as established in *Hercules*, the factual basis for liability based on impaired shareholder supervision was lacking. Livent's theory of the case was simply that all loss as a result of improvident investments after the negligent audits was compensable, on a "but for" basis. Livent did not prove and the trial judge did not find that Livent's shareholders relied on Deloitte's negligent audit statements, or

n'étaient pas au courant de la faute commise par MM. Drabinsky et Gottlieb. En réalité, elle n'aurait pas pu le faire, puisque MM. Drabinsky et Gottlieb, les fraudeurs, étaient eux-mêmes les dirigeants. Loin de se fier aux états financiers vérifiés comme garantie que tout allait bien pour l'entreprise, MM. Drabinsky et Gottlieb savaient que les rapports du vérificateur étaient inexacts. Rien ne prouve que quiconque occupant un poste à un échelon inférieur de la direction de Livent aurait dénoncé la fraude si les déclarations de Livent l'avaient révélée plus tôt.

[157] La troisième possibilité est que l'acte fautif de Deloitte a empêché les actionnaires de Livent d'exercer leur surveillance d'une façon qui aurait mis fin plus tôt aux activités causant des pertes à l'entreprise. Livent soutient (et mes collègues les juges Gascon et Brown acceptent cet argument) qu'elle s'est fiée à Deloitte pour produire un rapport sur lequel ses actionnaires pourraient s'appuyer pour s'acquitter de leur fonction de surveillance, ce qui, de l'avis de tous, était une des fins pour lesquelles les états financiers vérifiés ont été préparés. Livent plaide, et mes collègues concluent, que toutes les pertes que la surveillance par les actionnaires aurait pu permettre d'éviter sont indemnifiables, y compris la diminution de la valeur de l'entreprise.

[158] Cette proposition se heurte à deux difficultés. La première est que Livent n'a jamais prouvé les éléments nécessaires pour l'établir, et le juge de première instance n'a jamais conclu à leur existence. La deuxième est une considération de politique générale connexe : permettre l'indemnisation en l'absence de la preuve nécessaire reviendrait à ouvrir la porte à l'indemnisation indéterminée. J'examinerai ces difficultés l'une après l'autre.

[159] D'abord, bien que le juge de première instance mentionne dans ses motifs l'obligation de Deloitte envers les actionnaires de Livent telle qu'elle a été énoncée dans *Hercules*, il n'y avait pas de preuve de la responsabilité fondée sur le fait que la surveillance des actionnaires soit compromise. La thèse de Livent voulait simplement que, par application du critère du « facteur déterminant », toutes les pertes découlant des mauvais investissements postérieurs aux vérifications faites avec négligence

that had they received and relied on accurate statements, they would have acted in a way that would have prevented Livent from carrying on business and diminishing its assets in the period between the issuance of the relevant statements and Livent's insolvency.

[160] The trial judge, accepting Livent's theory of the case, held that the duty of care must be broad enough to catch all losses that would be captured by a "but for" test. He stated the following:

In my view, the ultimate issuance or withholding of a clean opinion is but one aspect of conducting an audit in accordance with [generally accepted auditing standards]. It is not close to being the complete embodiment of the duty of care. Indeed, if [the plaintiff's] argument were accepted, it would preclude the applicability of the "but for" test. Instead of asking whether damages would have been sustained but for the negligent failure to detect certain errors or fraud, one would be restricted to asking whether or not damages would have been sustained but for the provision of a clean opinion. [Emphasis added; para. 285.]

[161] The broad view of the duty of care taken by Livent, and accepted by the trial judge meant that the trial judge failed to consider the parameters of the shareholders' reasonable and foreseeable reliance as required in *Hercules* when defining the scope of the duty of care with respect to losses stemming from impaired shareholder supervision. My colleagues conclude otherwise, noting that the trial judge believed that the shareholders were entitled to rely on Deloitte's negligent audits as an indication of Livent's health. Crucially, however, the trial judge did not ask whether the shareholders had in fact relied on the audits — a critical element to the cause of action. He did not ask whether, if they had relied, this reliance prevented them from taking steps to replace directors or officers or otherwise alter course. He did not ask whether this would have included shutting

étaient indemnisables. Livent n'a pas prouvé, et le juge de première instance n'a pas conclu, que les actionnaires de Livent se sont fiés aux états financiers vérifiés de façon négligente par Deloitte, ou que s'ils avaient reçu des états financiers exacts et s'y étaient fiés, ils auraient agi d'une façon qui aurait empêché Livent de poursuivre ses activités et de diminuer ses actifs au cours de la période entre la production des états financiers en cause et l'insolvabilité de Livent.

[160] Le juge de première instance, qui a accepté la thèse de Livent, a conclu que l'obligation de diligence doit être suffisamment générale pour englober toutes les pertes qui auraient été visées par le critère du « facteur déterminant ». Il a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] À mon avis, la prestation ou la retenue ultime d'une opinion sans réserve n'est qu'un aspect de la conduite d'une vérification conformément aux [normes de vérification généralement reconnues]. Ce n'est qu'une petite partie de l'obligation de diligence. En fait, si l'argument [du demandeur] était retenu, il empêcherait l'applicabilité du critère du « facteur déterminant ». Plutôt que de se demander si les dommages auraient été subis n'eût été l'omission par négligence de détecter certaines erreurs ou la fraude, on pourrait seulement se demander si les dommages auraient été subis n'eût été la prestation d'une opinion sans réserve. [Je souligne; par. 285.]

[161] En raison de l'interprétation large de l'obligation de diligence adoptée par Livent et acceptée par le juge de première instance, ce dernier a omis de tenir compte des paramètres de la confiance raisonnable et prévisible des actionnaires, comme l'exigeait l'arrêt *Hercules* lorsqu'il a défini l'étendue de l'obligation de diligence en ce qui a trait aux pertes découlant du fait que la surveillance des actionnaires soit compromise. Mes collègues concluent autrement, en faisant remarquer que le juge de première instance croyait que les actionnaires pouvaient se fier aux états financiers vérifiés négligemment par Deloitte pour obtenir un indice de la santé de Livent. Un point essentiel toutefois, le juge de première instance ne s'est pas demandé si les actionnaires s'étaient effectivement fiés aux états financiers vérifiés — un élément crucial pour la cause d'action.

down Livent on March 31st, 1998 (or at least earlier than when it was shut down in November 1998). Finally, he did not ask whether these actions, had they been taken, would have prevented the losses that Livent built up during the seven-month period in question. If the trial judge had asked these questions, he would have been obliged to answer them in the negative, since Livent offered no proof to support affirmative answers.

[162] I leave aside for the purposes of this case the difficulty that the shareholders, unlike in *Hercules*, are not parties to the claim or the action. Assuming this would not pose a problem, it is possible to speculate that the necessary facts could have been proven (although given the short time period, it seems unlikely). But the more fundamental point is that Livent did not prove these matters, and that as a result, the factual basis for establishing loss on the basis of shareholder supervision was entirely lacking. The hypothetical chain of events required to establish liability on this ground completely bypasses the complexity of shareholder decision making.

[163] Livent's position and the trial judge's approach collapse the distinction between shareholder decision making, for which an auditor provides information for one purpose — holding management accountable with a view to the best interest of the company — with management decision making, for which the auditor provides information for a different purpose — responding to error and wrongdoing. Conceiving liability in this way creates a misalignment between the scope of the duty of care, the type of loss that is therein contemplated, and the actual elements that must be proven in order to make a successful claim.

Il ne s'est pas demandé si, dans le cas où les actionnaires s'étaient fiés à ces états financiers, cette confiance les avait empêchés de prendre des mesures pour remplacer les administrateurs ou les dirigeants ou changer les choses autrement. Il ne s'est pas demandé si cela aurait inclus la cessation des activités de Livent le 31 mars 1998 (ou du moins avant qu'elle ne cesse ses activités en novembre 1998). Finalement, il ne s'est pas demandé si ces mesures, si elles avaient été prises, auraient empêché les pertes que Livent a accumulées pendant la période de sept mois en question. Si le juge de première instance avait posé ces questions, il aurait été tenu d'y répondre par la négative, puisque Livent n'a présenté aucune preuve à l'appui de réponses affirmatives.

[162] Pour les besoins de la présente affaire, je ne tiens pas compte du fait que les actionnaires, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Hercules*, ne sont pas parties à la demande ou à l'action. Dans l'hypothèse où cela ne poserait pas problème, il est possible d'avancer l'hypothèse que les faits nécessaires auraient pu être prouvés (bien que, compte tenu de la courte période, cela aurait été peu probable). Mais le point le plus fondamental est que Livent n'a pas prouvé ces éléments, et qu'en conséquence, aucun fondement factuel n'établissait une perte attribuable au manque de surveillance des actionnaires. La chaîne hypothétique des événements requise pour établir la responsabilité pour ce motif évite complètement la complexité du processus décisionnel des actionnaires.

[163] La position de Livent et l'approche du juge du procès font tomber la distinction entre le processus décisionnel des actionnaires, pour lequel le vérificateur fournit des renseignements à une seule fin — demander des comptes aux dirigeants dans l'intérêt de l'entreprise — et le processus décisionnel des dirigeants, pour lequel le vérificateur fournit des renseignements à une fin différente — prendre des mesures à l'égard des erreurs et des actes fautifs. Considérer la responsabilité de cette façon crée une discordance entre l'étendue de l'obligation de diligence, le type de perte qu'elle viserait et les éléments réels qui doivent être prouvés pour que le demandeur obtienne gain de cause.

[164] The second and related difficulty the shareholder supervision argument faces in this case is that it would lead to unfair allocation of loss and indeterminate liability for auditors' statements, negating the duty of care: *Hercules*, at paras. 36-37.

[165] Livent's position — that Deloitte is liable for all loss without proof of the elements required to advance a case based on impaired shareholder supervision — would result in an unfair allocation of loss as well as indeterminacy of damages. On the shareholder supervision theory advanced by Livent, breach of a duty owed primarily to the collectivity of shareholders (who do not advance a claim) and only derivatively to the corporation, would result in liability for every dollar that Livent spent after the point in time the shareholders became entitled to rely on the statements. The auditor would be the virtual guarantor of everything Livent — not the collectivity of shareholders to which the duty was owed — did thereafter. This would not be a fair allocation of responsibility. The same scenario would raise the spectre of indeterminate liability. Auditors would be unable to reasonably predict when they are providing services to clients what their ultimate liability would be. It would be out of their control. No matter how bad the decisions made by the client thereafter, no matter how complex the web of dealings that led to the ultimate loss — things that cannot be foreseen in advance — the auditor would be liable for the total loss, on the basis that it would not have occurred “but for” the negligent act.

[166] For the foregoing reasons, I conclude that the losses at issue have not been shown to fall within the scope of Deloitte's duty of care. The first step of the *Anns* test is not established. It is unnecessary to go on to ask whether *prima facie* liability is negated by policy considerations unrelated to the relationship

[164] La deuxième difficulté connexe à laquelle se heurte l'argument relatif à la surveillance par les actionnaires en l'espèce est que cela aurait pour conséquence une attribution inéquitable de la perte et une responsabilité indéterminée pour l'auteur des déclarations du vérificateur, ce qui annihile l'obligation de diligence : *Hercules*, par. 36-37.

[165] La position de Livent — selon laquelle Deloitte est responsable de toutes les pertes sans qu'il soit nécessaire de prouver les éléments requis pour présenter une thèse fondée sur le fait que la surveillance des actionnaires soit compromise — donnerait lieu à une attribution inéquitable de la perte, ainsi qu'à un montant indéterminé de dommages-intérêts. En ce qui a trait à la théorie relative à la surveillance par les actionnaires soutenue par Livent, le manquement à une obligation, principalement envers les actionnaires collectivement (qui n'ont pas présenté de demande) et seulement de façon incidente envers l'entreprise, donnerait lieu à une responsabilité pour chaque dollar que Livent a dépensé après le moment où les actionnaires ont pu se fier aux déclarations. Le vérificateur serait pratiquement garant de tout ce que ferait par la suite Livent — et non les actionnaires collectivement, envers lesquels il a l'obligation de diligence. Cela ne constituerait pas une attribution équitable de la responsabilité. Le même scénario ferait naître le spectre de la responsabilité indéterminée. Les vérificateurs seraient incapables de prévoir raisonnablement quelle serait leur responsabilité ultime lorsqu'ils fournissent des services à des clients; cela serait hors de leur contrôle. Peu importe si les décisions prises ultérieurement par le client sont mauvaises ou si l'enchevêtrement des opérations ayant mené à la perte est complexe — des facteurs qui ne peuvent être prévus — le vérificateur serait responsable de la totalité de la perte, pour le motif que cette perte n'aurait pas eu lieu n'eût été l'acte de négligence.

[166] Pour les motifs qui précèdent, je conclus qu'il n'a pas été démontré que les pertes en question sont visées par l'obligation de diligence de Deloitte. La première étape du critère énoncé dans *Anns* n'a pas été franchie. Il n'est pas nécessaire de se demander si des considérations de politique générale

between the parties. However, were it necessary to do so, the policy considerations of unfair allocation of loss and indeterminacy would preclude imposing liability on Deloitte.

[167] I add a doctrinal side-note at this point. In *Hercules*, this Court, per La Forest J., held that the spectre of indeterminate loss might be a policy consideration negating liability of certain loss at the second step of the *Anns* test. However, since *Cooper* it has been clear that policy considerations relating to the relationship between the parties fall to be considered at the first step of *Anns*. It may not therefore be necessary to resort to the second step to consider the implications of indeterminate liability: see J. Blom, “Do We Really Need the *Anns* Test for Duty of Care in Negligence?” (2016), 53 *Alta. L. Rev.* 895, at pp. 906 and 908.

[168] It remains for future cases to explore the limits of an auditor’s liability for impaired shareholder supervision. Short of finding that an auditor who provides information on which shareholders will exercise their oversight powers assumes responsibility for all of the potential consequences of carrying on business, the facts as found by the trial judge do not enable us to do so here.

[169] Livent’s failure to prove that any of the loss it suffered can be attributed to its shareholders’ reliance on the negligent 1997 year-end audit report for the purpose of corporate oversight is a sufficient basis on which to allow the appeal in its entirety. But there is further problematic aspect of the shareholder supervision theory on which Livent now seeks to rely. It is one of principle.

non liées à la relation entre les parties annihilent la responsabilité *prima facie*. Cependant, s’il était nécessaire de le faire, les considérations de politique générale que sont l’attribution inéquitable de la perte et l’indétermination empêcheraient que Deloitte soit tenue responsable.

[167] J’ajoute à ce point une note théorique. Dans *Hercules*, le juge La Forest, écrivant au nom de la Cour, a conclu que le spectre de la perte indéterminée pourrait constituer une considération de politique générale écartant la responsabilité à l’égard d’une certaine perte à la deuxième étape du critère de l’arrêt *Anns*. Cependant, depuis *Cooper* il est clair que les considérations de politique générale relatives à la relation entre les parties doivent être prises en compte à la première étape du critère de l’arrêt *Anns*. Il ne serait donc pas nécessaire d’avoir recours à la deuxième étape pour examiner les répercussions de la responsabilité indéterminée : voir J. Blom, « Do We Really Need the *Anns* Test for Duty of Care in Negligence? » (2016), 53 *Alta. L. Rev.* 895, p. 906 et 908.

[168] La jurisprudence aura à préciser les limites de la responsabilité d’un vérificateur du fait que la surveillance des actionnaires est compromise. En l’absence d’une conclusion selon laquelle le vérificateur qui fournit des renseignements sur lesquels se fonderont les actionnaires pour exercer leur pouvoir de surveillance assume la responsabilité à l’égard de toutes les conséquences éventuelles de la poursuite des activités, les faits constatés par le juge de première instance ne nous permettent pas de le faire dans la présente affaire.

[169] Le défaut de Livent de prouver que toute perte subie peut être attribuée au fait que les actionnaires se sont fiés au rapport de vérification de fin d’exercice pour 1997 entaché de négligence aux fins de la surveillance de l’entreprise constitue un fondement suffisant pour accueillir le pourvoi dans sa totalité. Mais la thèse de la surveillance par les actionnaires que Livent veut maintenant invoquer comporte un autre aspect qui pose problème. Il s’agit d’une question de principe.



[170] As explained above, an auditor that provides a year-end report for the purpose of enabling a company's shareholders to supervise management does not, absent proof, assume responsibility for what the shareholders decide to do with that information. The purpose of an annual audit report is to inform shareholder decision making, not to govern it. The auditor does not underwrite the entire risk associated with the shareholders' exercise of business judgment; it is liable only for exposing shareholders to the risk of the information it has provided being wrong. Even if the whole loss would have been avoided if the auditor had met the standard of care, the company may recover in damages only that part of the loss that may be attributed to the auditor's breach of its duty of care, which is restricted by the purpose or purposes for which it provided its opinion. The auditor is not liable for the indeterminate quantum of loss that the shareholders' course of action (or inaction) may trigger, since determining that course of action is beyond the auditor's undertaking of responsibility, and thus outside the scope of its duty of care. Similarly, loss that cannot be attributed to the auditor's breach will be too remote to recover.

[171] For this reason, the language of lost opportunity is unavailing. In any case concerned with the tortious provision of information, the plaintiff may claim that, had it only known the truth, it would have had the chance to make different choices than it ultimately did. Unless the provider of information has assumed responsibility not only for the information but also for the decision to be informed by it, what the plaintiff would have done differently if it had been provided with different information is immaterial. Rather, the question is the extent to which the loss that in fact resulted may be attributed to the wrongness (i.e., the tortious quality) of the information provided.

[172] On the trial judge's findings, Deloitte never assumed responsibility for any of the decisions —

[170] Comme je l'ai déjà expliqué, un vérificateur qui fournit un rapport de fin d'exercice en vue d'aider les actionnaires d'une société à surveiller la gestion n'assume pas, en l'absence de preuve, la responsabilité de ce que les actionnaires décident de faire avec ces renseignements. Le rapport annuel du vérificateur vise à éclairer la prise de décisions par les actionnaires, et non à dicter leurs décisions. Le vérificateur ne se porte pas garant de tous les risques associés à la prise de décisions d'affaires par les actionnaires; il est seulement responsable du fait d'avoir exposé les actionnaires au risque que les renseignements qu'il a fournis soient inexacts. Même si la totalité de la perte aurait été évitée si le vérificateur avait respecté la norme de diligence, la société ne peut se voir accorder des dommages-intérêts que pour la partie de la perte pouvant être attribuée au manquement par le vérificateur à son obligation de diligence, qui est limitée par la fin ou les fins pour lesquelles il a exprimé son opinion. Le vérificateur ne peut être tenu responsable du montant indéterminé de la perte susceptible de résulter des actes (ou de l'inaction) des actionnaires, puisque la détermination de ces actes échappe à la responsabilité du vérificateur, et elle échappe donc à l'étendue de son obligation de diligence. De la même façon, une perte qui ne peut être attribuée au manquement du vérificateur est trop éloignée pour être indemnisable.

[171] Pour ce motif, la notion de privation d'une occasion n'est pas utile. Dans toute affaire portant sur la fourniture délictuelle de renseignements, le demandeur peut faire valoir que, s'il avait seulement su la vérité, il aurait eu la possibilité de faire des choix différents de ceux qu'il a ultimement faits. À moins que la personne qui a fourni les renseignements ait assumé la responsabilité non seulement à l'égard des renseignements, mais aussi à l'égard de la décision que ceux-ci devaient éclairer, il importe peu de savoir ce que le demandeur aurait fait différemment si des renseignements différents lui avaient été fournis. Il faut plutôt déterminer dans quelle mesure la perte que cela a effectivement entraînée peut être attribuée à l'inexactitude (c.-à-d. le caractère délictuel) des renseignements fournis.

[172] Il ressort des conclusions du juge de première instance que Deloitte n'a jamais assumé la

whether of Livent's management or of its shareholders collectively — that may be said to have occasioned Livent's loss. What Livent proved is that it relied on Deloitte's clean opinions to raise funds from third parties, and that it was successful in doing so. Deloitte is not liable to Livent for loss arising from Livent's use of these funds, even if certain of Deloitte's opinions were prepared for the purpose of *attracting* them, because Livent did not prove that Deloitte undertook responsibility for how Livent *spent* them.

[173] The foregoing analysis is based on the scope of Deloitte's duty of care. The same result would follow on a remoteness approach to the question of liability for economic loss as a result of negligent misstatement. The question on this approach is whether the loss claimed is too remote from the wrongful act for the act to be the "legal cause" of the loss. The basic question is whether the loss is reasonably foreseeable, having regard to a variety of factors, including the relationship between the parties and the expectations that flow from it, the circumstances of the case, and other factors bearing on the connection between the wrongful act and the loss claimed including external or intervening influences. In the end, a close and proximate connection between wrongful act and the loss claimed must be established, having regard to all these things and to the purpose for which the information was furnished.

[174] It follows that Livent cannot recover the losses it claims against Deloitte. The claim in tort must be dismissed. The result is the same with respect to Livent's action in contract; here too the losses would be too remote: see *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, at pp. 243-44, citing *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (5th ed. 2012), at §14.720. Given the trial judge's determination, at para. 243, that the elements of the action in contract were identical to

responsabilité des décisions — que ce soit celles des dirigeants de Livent ou de ses actionnaires collectivement, — pouvant être considérées comme ayant causé la perte subie par Livent. Ce que Livent a prouvé, c'est qu'elle s'est fiée aux opinions sans réserve de Deloitte pour obtenir des fonds auprès de tiers, et qu'elle a réussi à le faire. Deloitte n'est pas responsable envers Livent de la perte découlant de l'utilisation de ces fonds par Livent, même si certaines des opinions de Deloitte ont été préparées dans le but d'*attirer* ces investissements, étant donné que Livent n'a pas prouvé que Deloitte a assumé une responsabilité quant à la façon dont Livent a *dépensé* ces fonds.

[173] L'analyse qui précède est fondée sur l'étendue de l'obligation de diligence de Deloitte. Le résultat serait le même si l'analyse avait été faite selon l'approche du caractère éloigné pour la question de la responsabilité à l'égard de la perte économique subie à la suite d'une déclaration inexacte faite par négligence. La question relative à cette approche est celle de savoir si la perte alléguée est trop éloignée de l'acte fautif pour que cet acte soit la « cause juridique » de la perte. La question fondamentale qui se pose est celle de savoir si la perte est raisonnablement prévisible, compte tenu de divers facteurs, y compris la relation entre les parties et les attentes qui en découlent, les circonstances de l'affaire et d'autres facteurs portant sur le lien entre l'acte fautif et la perte alléguée, y compris les influences externes ou intermédiaires. En fin de compte, il faut établir l'existence d'un lien étroit et immédiat entre l'acte fautif et la perte alléguée, compte tenu de tous ces facteurs et de la fin pour laquelle les renseignements ont été fournis.

[174] Il s'ensuit que Livent ne peut recouvrer de Deloitte les pertes alléguées. L'action en responsabilité délictuelle doit être rejetée. L'action en responsabilité contractuelle de Livent aboutit au même résultat; dans ce cas également, les pertes seraient trop éloignées : voir *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, p. 243-244, citant *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (5<sup>e</sup> éd. 2012), §14.720. Vu la décision du juge de première instance, au par. 243, suivant

the elements of the action in tort, it follows that the trial judge's conclusion that there was a breach in contract is erroneous.

[175] Although in many respects I agree with Gascon and Brown JJ.'s articulation of the general framework that governs this matter, I part company with my colleagues in two key respects. First, I take the view that, for Livent to make out its claim, it must prove on the evidence the elements required to establish Deloitte's liability on the basis of impaired shareholder supervision. My colleagues suggest that, had Deloitte provided sound audit reports, Livent's shareholders and management may have made decisions that would have limited the company's losses. While this may be true, it is not enough to rely on unproven assertions to define the scope of the duty of care and to subsequently demonstrate causation. My colleagues' approach suggests that an auditor will generally become the underwriter for any losses suffered by a client following a negligent audit report. This, notwithstanding subsequent decisions — reliant or capricious — made by the client's shareholders. I conclude, in contrast, that reliance cannot be presumed, but must be proved.

[176] Second, I take a different view of indeterminate liability than my colleagues. They assert that liability is not indeterminate where a reviewing court can set a value or time frame for a plaintiff's claimed loss *ex post facto*. However, the common law's policy against indeterminacy is directed at ensuring that auditors and other advisors can determine the scope of their liability at the time they take on an engagement and render their services. The question is whether an auditor or other advisor was able to gauge the scale of its potential liability — in terms of the types of losses for which it undertook responsibility — before embarking on a course of conduct. Although Deloitte might have been in a position to identify the total net value of Livent, Livent has not proved that Deloitte bore responsibility for the myriad ways that Livent could have gone about

laquelle les éléments de l'action en responsabilité contractuelle étaient identiques à ceux de l'action en responsabilité délictuelle, il s'ensuit que le juge a commis une erreur en concluant à l'existence d'une violation du contrat.

[175] Même si, à plusieurs égards, je suis d'accord avec la façon dont les juges Gascon et Brown formulent le cadre général qui régit cette question, je diverge d'opinion quant à deux aspects importants. D'abord, j'estime que, pour que Livent puisse démontrer le bien-fondé de sa demande, elle doit prouver les éléments requis pour établir la responsabilité de Deloitte fondée sur le fait que la surveillance des actionnaires est compromise. Selon mes collègues, si Deloitte avait présenté des rapports de vérification justes, les actionnaires et les dirigeants de Livent auraient pu prendre des décisions qui auraient limité les pertes de l'entreprise. C'est peut-être le cas, mais il ne suffit pas que l'on se fie à des affirmations non prouvées pour définir l'étendue de l'obligation de diligence et démontrer par la suite la causalité. L'approche de mes collègues laisse croire qu'à la suite d'un rapport entaché de négligence, un vérificateur deviendra généralement garant de toutes les pertes subies par un client. Et cela malgré les décisions subséquentes — conséquentes ou fantaisistes — prises par les actionnaires du client. Je conclus par contre que le caractère conséquent ne peut être présumé, mais doit être prouvé.

[176] Ensuite, je ne partage pas l'avis de mes collègues concernant la responsabilité indéterminée. Ils soutiennent que la responsabilité n'est pas indéterminée lorsqu'un tribunal de révision peut après coup fixer pour la perte alléguée du demandeur une valeur ou un laps de temps. Cependant, le principe de la common law à l'encontre de l'indétermination vise à faire en sorte que les vérificateurs et les autres conseillers puissent déterminer l'étendue de leur responsabilité au moment où ils acceptent un engagement et rendent leurs services. La question est de savoir si, avant de poser un acte, un vérificateur ou un autre conseiller est en mesure d'évaluer l'ampleur de sa responsabilité éventuelle quant aux types de pertes pour lesquelles il se rend responsable. Bien que Deloitte ait pu être en mesure d'établir la valeur nette totale de Livent, cette dernière

depleting its value after receiving the auditor's statements. This is what makes the liability identified by my colleagues indeterminate and therefore outside the scope of the duty of care.

[177] Having concluded that Deloitte is not liable for the losses claimed, it is not necessary to consider the apportionment of damages under s. 3 of the *Negligence Act*, nor is it necessary to consider whether Deloitte can raise the defence of illegality against Livent.

#### IV. Disposition

[178] I would allow the appeal, with costs to Deloitte.

*Appeal allowed in part with costs to Livent Inc. throughout, McLACHLIN C.J. and WAGNER and CÔTÉ JJ. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant: Lenczner Slight Royce Smith Griffin, Toronto; Dentons Canada, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Stikeman Elliott, Toronto and Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Coalition for Good Governance: McMillan, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Chartered Professional Accountants of Canada: Borden Ladner Gervais, Toronto and Ottawa.*

n'a pas prouvé que Deloitte avait une responsabilité à l'égard de la multitude de façons dont Livent pouvait avoir diminué sa valeur après avoir reçu les états financiers vérifiés. Voilà ce qui rend indéterminée, et par conséquent, soustraite à l'obligation de diligence la responsabilité que retiennent mes collègues.

[177] Puisque je conclus que Deloitte n'est pas responsable des pertes alléguées, il n'est pas nécessaire de procéder à la répartition des dommages-intérêts aux termes de l'art. 3 de la *Loi sur le partage de la responsabilité*, et il n'est pas non plus nécessaire d'examiner si Deloitte peut invoquer l'illegalité comme moyen de défense contre Livent.

#### IV. Dispositif

[178] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens en faveur de Deloitte.

*Pourvoi accueilli en partie avec dépens en faveur de Livent Inc. dans toutes les cours, la juge en chef McLACHLIN et les juges WAGNER et CÔTÉ sont dissidents en partie.*

*Procureurs de l'appelante : Lenczner Slight Royce Smith Griffin, Toronto; Dentons Canada, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée : Stikeman Elliott, Toronto et Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante la Coalition canadienne pour une bonne gouvernance : McMillan, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Comptables professionnels agréés du Canada : Borden Ladner Gervais, Toronto et Ottawa.*

**Donald Joseph Boutilier** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Saskatchewan,  
Attorney General of Alberta,  
Criminal Lawyers' Association of Ontario,  
Aboriginal Legal Services Inc. and  
Yukon Legal Services Society** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. BOUTILIER**

**2017 SCC 64**

File No.: 37168.

2017: May 23; 2017: December 21.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Sentencing — Dangerous offender — Designation — Whether sentencing judge precluded from considering future treatment prospects when deciding whether to designate an offender as dangerous — If so, whether s. 753(1) overbroad contrary to s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 753(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Cruel and unusual punishment — Sentencing — Dangerous offender — Penalty — Indeterminate detention — Principles governing application of s. 753(4.1) of Criminal Code — Whether s. 753(4.1) overbroad by applying to offenders that could be monitored under long-term offender scheme — Whether s. 753(4.1) leads to grossly disproportionate*

**Donald Joseph Boutilier** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général de l'Ontario,  
procureur général de la Saskatchewan,  
procureur général de l'Alberta,  
Criminal Lawyers' Association of Ontario,  
Aboriginal Legal Services Inc. et  
Société d'aide juridique du Yukon** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. BOUTILIER**

**2017 CSC 64**

N° du greffe : 37168.

2017 : 23 mai; 2017 : 21 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Détermination de la peine — Délinquant dangereux — Déclaration — Est-il interdit au juge de la peine de prendre en considération les perspectives de traitement futur lorsqu'il décide s'il y a lieu ou non de déclarer un délinquant dangereux? — Dans l'affirmative, l'art. 753(1) a-t-il une portée excessive en contravention avec l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 753(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Peines cruelles et inusitées — Détermination de la peine — Délinquant dangereux — Sanction — Détention pour une période indéterminée — Principes régissant l'application de l'art. 753(4.1) du Code criminel — L'article 753(4.1) a-t-il une portée excessive en ce qu'il s'applique à des délinquants qui pourraient être surveillés dans le cadre du*

*sentence by presumptively imposing indeterminate detention and preventing judge from imposing fit sentence consistent with principles and objectives of sentencing under Criminal Code — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 753(4.1).*

*Criminal law — Sentencing — Dangerous offender — Indeterminate detention — Accused declared to be dangerous offender — Whether sentencing judge erred in imposing indeterminate sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 753(4), (4.1).*

B pleaded guilty to six criminal charges arising out of the robbery of a pharmacy with an imitation firearm and an ensuing car chase. The Crown brought an application seeking his designation as a dangerous offender and the imposition of a sentence of indeterminate detention. B challenged the constitutional validity of s. 753(1) and (4.1) of the *Criminal Code* under ss. 7 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Section 753(1) lists the statutory requirements that must be met before a court can designate an offender as dangerous. Section 753(4.1) relates to the sentencing of a dangerous offender. The dangerous offender scheme is designed as a two-stage process: the designation stage and the penalty stage. At the designation stage, if a sentencing judge is satisfied that the statutory criteria under s. 753(1) have been met, the designation as a dangerous offender must follow. At the penalty stage, under s. 753(4.1), a sentencing judge must impose an indeterminate sentence on a designated individual unless he or she is satisfied that there is a reasonable expectation that a lesser measure will adequately protect the public.

The sentencing judge granted B's application in part, finding only that s. 753(1) is unconstitutionally overbroad. Nevertheless, the sentencing judge held that B was a dangerous offender and sentenced him to an indeterminate detention. The Court of Appeal held that the sentencing judge had erred in finding s. 753(1) to be overbroad but agreed with the sentencing judge that s. 753(4.1) did not violate ss. 7 and 12 of the *Charter*. The Court of Appeal dismissed B's appeal of his dangerous offender designation and indeterminate sentence.

*régime des délinquants à contrôler? — L'article 753(4.1) a-t-il pour effet d'entraîner une peine exagérément disproportionnée en imposant par présomption une peine de détention pour une période indéterminée et en empêchant le juge de la peine d'infliger une peine juste conforme aux principes et aux objectifs de la détermination de la peine du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 et 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 753(4.1).*

*Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquant dangereux — Détention pour une période indéterminée — Accusé déclaré délinquant dangereux — Le juge de la peine a-t-il fait erreur en imposant une peine de détention pour une période indéterminée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 753(4), (4.1).*

B a plaidé coupable à six accusations criminelles portées à la suite d'un vol qualifié dans une pharmacie au moyen d'une fausse arme à feu, et de la poursuite automobile qui a suivi. La Couronne a demandé qu'il soit déclaré délinquant dangereux et qu'une peine de détention d'une durée indéterminée lui soit infligée. B a contesté la constitutionnalité des par. 753(1) et (4.1) du *Code criminel* au regard des art. 7 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le paragraphe 753(1) énumère les conditions statutaires qui doivent être réunies pour qu'un tribunal puisse déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux. Le paragraphe 753(4.1) porte sur la peine à infliger à un délinquant dangereux. Le régime des délinquants dangereux se veut un processus en deux étapes : l'étape de la déclaration et celle de la sanction. À l'étape de la déclaration, s'il est convaincu que les conditions énoncées au par. 753(1) sont réunies, le juge de la peine doit déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux. À l'étape de la sanction, le juge de la peine doit, suivant le par. 753(4.1), infliger à un individu déclaré dangereux une peine de détention d'une durée indéterminée, sauf s'il est convaincu que l'on peut vraisemblablement s'attendre à ce que le fait d'infliger une mesure moins sévère protège de façon suffisante le public.

Le juge de la peine a accueilli en partie la demande de B, déclarant que seul le par. 753(1) était inconstitutionnel pour cause de portée excessive. Néanmoins, il a statué que B était un délinquant dangereux et lui a infligé une peine de détention pour une période indéterminée. La Cour d'appel a conclu que le juge de la peine avait fait erreur en concluant à la portée excessive du par. 753(1), mais elle a convenu avec lui que le par. 753(4.1) ne portait pas atteinte aux art. 7 et 12 de la *Charte*. Elle a rejeté l'appel formé par B à l'encontre de sa déclaration de délinquant dangereux et de sa peine de détention d'une durée indéterminée.

*Held* (Karakatsanis J. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe J.J.: Section 753(1) does not preclude a sentencing judge from considering future treatment prospects before designating an offender as dangerous and therefore is not overbroad under s. 7 of the *Charter*. To obtain a designation of dangerousness resulting from violent behaviour, the Crown must demonstrate beyond a reasonable doubt, *inter alia*, that the offender represents a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons. Before designating a dangerous offender, a sentencing judge must be satisfied on the evidence that the offender poses a high likelihood of harmful recidivism and that his or her conduct is intractable. Intractable conduct means behaviour that the offender is unable to surmount. Through these two criteria, Parliament requires sentencing judges to conduct a prospective assessment of dangerousness. All of the evidence adduced during a dangerous offender hearing must be considered at both the designation and penalty stages of the sentencing judge's analysis, though for the purpose of making different findings related to different legal criteria. At the designation stage, treatability informs the decision on the threat posed by an offender, whereas at the penalty stage, it helps determine the appropriate sentence to manage this threat. A prospective assessment of dangerousness ensures that only offenders who pose a tremendous future risk are designated as dangerous and face the possibility of being sentenced to an indeterminate detention. A provision imposing an indeterminate detention is therefore not overbroad if it is carefully confined in its application to those habitual criminals who are dangerous to others.

Section 753(4.1) does not lead to a grossly disproportionate sentence, contrary to s. 12 of the *Charter*, by presumptively imposing indeterminate detention and preventing the sentencing judge from imposing a fit sentence. Properly read and applied, s. 753(4.1) does not impose an onus, a rebuttable presumption, or mandatory sanctioning. It provides guidance on how a sentencing judge can properly exercise his or her discretion in accordance with the applicable objectives and principles of sentencing. Sentencing principles and mandatory guidelines outlined in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code* apply to every sentencing decision, whether made under the regular

*Arrêt* (la juge Karakatsanis est dissidente en partie) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe : Le paragraphe 753(1) n'empêche pas le juge de la peine de prendre en considération les perspectives de traitement futur avant de déclarer un délinquant dangereux et, par conséquent, il n'a pas une portée excessive au regard de l'art. 7 de la *Charte*. Pour obtenir une déclaration de dangerosité résultant d'un comportement violent, la Couronne doit démontrer hors de tout doute raisonnable notamment que le délinquant constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit. Avant de déclarer un délinquant dangereux, le juge de la peine doit être convaincu, sur le fondement de la preuve, que le délinquant présente un risque élevé de récidive préjudiciable et que sa conduite est irréductible. Une conduite irréductible s'entend d'un comportement que le délinquant est incapable de surmonter. Par ces deux conditions, le Parlement oblige le juge de la peine à procéder à une évaluation prospective de la dangerosité. Tous les éléments de preuve produits lors d'une audience quant au statut de délinquant dangereux doivent être pris en considération aux deux étapes — celle de la déclaration et celle de la sanction — de l'analyse qu'effectue le juge de la peine, bien que pour tirer des conclusions différentes se rapportant à des conditions statutaires différentes. À l'étape de la déclaration, la traitabilité guide la décision sur le danger que constitue un délinquant, alors qu'à l'étape de la sanction, elle aide à déterminer la peine appropriée pour permettre de gérer ce danger. Une évaluation prospective de la dangerosité fait en sorte que seuls les délinquants qui présentent un risque futur considérable sont déclarés dangereux et risquent de se voir infliger une peine de détention pour une période indéterminée. Une disposition qui impose une telle peine n'a donc pas une portée excessive si son application est soigneusement limitée aux repris de justice qui présentent un danger pour autrui.

Le paragraphe 753(4.1) n'a pas pour effet d'entraîner une peine exagérément disproportionnée, en contradiction avec l'art. 12 de la *Charte*, en imposant par présomption une peine de détention pour une période indéterminée et en empêchant le juge de la peine d'infliger une peine juste. Interprété et appliqué comme il se doit, le par. 753(4.1) n'impose pas de fardeau de preuve, de présomption réfutable ou de sanction obligatoire. Il donne des indications sur la manière dont le juge de la peine peut exercer comme il se doit son pouvoir discrétionnaire en conformité avec les objectifs et les principes applicables en matière de détermination de

sentencing regime, the dangerous offender regime or the long-term offender regime. Parliament is entitled to decide that protection of the public is an enhanced sentencing objective for individuals who have been designated as dangerous. This does not mean that this objective operates to the exclusion of all others. Indeterminate detention is only one sentencing option among others available under s. 753(4). In lieu of an indeterminate detention, a judge may impose a sentence that is more proportionate, whether it is imprisonment for a minimum of two years followed by long-term supervision — which amounts to a long-term offender sentence — or a sentence under the regular sentencing regime. The sentencing alternatives listed in s. 753(4) therefore encompass the entire spectrum of sentences contemplated by the *Criminal Code*. In order to properly exercise his or her discretion under s. 753(4), the sentencing judge must impose the least intrusive sentence required to achieve the primary purpose of the scheme. Nothing in the wording of s. 753(4.1) removes the obligation incumbent on a sentencing judge to consider all sentencing principles in order to choose a sentence that is fit for a specific offender. An offender's moral culpability, the seriousness of the offence, mitigating factors, and principles developed for Indigenous offenders are each part of the sentencing process under the dangerous offender scheme. Each of these considerations is relevant to deciding whether or not a lesser sentence would sufficiently protect the public.

Section 753(4.1) is not overbroad in violation of s. 7 of the *Charter*. Section 753(1) limits the availability of an indeterminate detention under s. 753(4) and (4.1) to a narrow group of offenders that are dangerous *per se*. The dangerous offender designation criteria are more onerous than the long-term offender criteria. It therefore cannot be said that both regimes target the same offenders. Furthermore, s. 753(4.1) does not create a presumption that indeterminate detention is the appropriate sentence — the sentencing judge is under the obligation to conduct a thorough inquiry that considers all the evidence presented during the hearing in order to decide the fittest sentence for the offender. Under s. 753(4), a long-term

la peine. Les principes de détermination de la peine et les directives obligatoires prévues aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel* s'appliquent à toute décision relative à la peine, qu'elle soit prise en vertu du régime ordinaire de détermination de la peine, du régime des délinquants dangereux ou de celui des délinquants à contrôler. Le Parlement a le droit de décider que la protection du public constitue un objectif accru de détermination de la peine pour les personnes qui sont déclarées dangereuses. Cela ne signifie pas que cet objectif opère à l'exclusion de tous les autres. La peine de détention pour une période indéterminée n'est qu'une option en matière de détermination de la peine parmi d'autres offertes au par. 753(4). Au lieu d'une peine de détention pour une période indéterminée, le juge peut imposer une peine qui est davantage proportionnée, qu'il s'agisse d'une peine minimale d'emprisonnement de deux ans suivie d'une surveillance de longue durée — ce qui équivaut à une peine de délinquant à contrôler — ou d'une peine suivant le régime ordinaire de détermination de la peine. Les différentes options en matière de détermination de la peine énoncées au par. 753(4) englobent donc l'éventail complet des peines envisagées par le *Code criminel*. Pour exercer comme il se doit le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le par. 753(4), le juge de la peine doit imposer la peine la moins contraignante possible pour réaliser l'objet principal du régime. Rien dans le texte du par. 753(4.1) n'élimine l'obligation incombant au juge de la peine de prendre en considération tous les principes de détermination de la peine afin de choisir une peine qui est juste dans le cas du délinquant en cause. La culpabilité morale du délinquant, la gravité de l'infraction, les facteurs atténuants et les principes établis pour les délinquants autochtones font chacun partie du processus de détermination de la peine dans le cadre du régime des délinquants dangereux. Chacune de ces considérations est pertinente lorsqu'il s'agit de décider si une peine moins sévère protégerait de façon suffisante le public.

Le paragraphe 753(4.1) n'a pas une portée excessive en contrevention avec l'art. 7 de la *Charte*. Le paragraphe 753(1) limite à un groupe restreint de délinquants, dangereux *per se*, le risque de se voir imposer une peine de détention pour une période indéterminée en vertu des par. 753(4) et (4.1). Les conditions d'une déclaration de délinquant dangereux sont plus exigeantes que celles d'une déclaration de délinquant à contrôler. On ne peut donc pas dire que les deux régimes visent les mêmes délinquants. En outre, le par. 753(4.1) ne crée pas de présomption selon laquelle une peine de détention pour une période indéterminée constitue la peine appropriée — le juge de la peine est tenu de procéder à



offender sentence remains available for dangerous offenders who can be controlled in the community in a manner that adequately protects the public from murder or a serious personal injury offence.

In this case, although the sentencing judge committed an error of law, since he failed to consider B's treatment prospects before designating him as a dangerous offender, this error has not resulted in a substantial wrong or miscarriage of justice. This error of law does not change the sentencing judge's conclusion regarding B's dangerousness. The judge found B's conduct to be intractable because his prospect of overcoming his addictions, the source of his dangerousness, was nothing more than an expression of hope. The sentencing judge explained that his analysis would remain unchanged even if he considered B's treatment prospects at the designation stage. Absent any material error of law, a dangerous offender designation is a question of fact. The role of an appellate court is therefore to determine if the designation was reasonable. Based on the sentencing judge's findings of fact, the designation of B as a dangerous offender and the imposition of an indeterminate detention cannot be said to be unreasonable.

*Per Karakatsanis J. (dissenting in part):* There is agreement with the majority that s. 753(1) of the *Criminal Code* calls for consideration of the offender's future treatment prospects, and thus is not unconstitutionally overbroad on that basis. However, s. 753(4.1) should be declared to be of no force and effect as it violates s. 12 of the *Charter* and cannot be saved by s. 1. A new hearing should be ordered to determine the appropriate penalty under s. 753(4).

By demanding a singular focus on public safety, s. 753(4.1) imposes indeterminate detention in cases where it is grossly disproportionate to the sentence mandated by the sentencing principles in the *Criminal Code* and the public protection objective of the dangerous offender scheme. The mandatory designation stage, which captures a broad group of offenders, combined with the

une analyse approfondie et de prendre en considération tous les éléments de preuve présentés à l'audience afin de déterminer la peine qui est la plus juste dans le cas du délinquant. Suivant le par. 753(4), la peine qui est infligée aux délinquants à contrôler peut aussi être infligée aux délinquants dangereux susceptibles d'être maîtrisés au sein de la collectivité de manière à protéger de façon suffisante le public contre la perpétration d'un meurtre ou d'une infraction qui constitue des sévices graves à la personne.

En l'espèce, bien que le juge de la peine ait commis une erreur de droit en ne prenant pas en considération les perspectives de traitement de B avant de déclarer celui-ci délinquant dangereux, cette erreur n'a donné lieu à aucun tort important ni à aucune erreur judiciaire grave. Cette erreur de droit ne change rien à la conclusion du juge de la peine concernant la dangerosité de B. Le juge a conclu que la conduite de B était irréductible parce que les perspectives qu'il vainque ses dépendances — lesquelles sont à l'origine de sa dangerosité — n'étaient rien de plus qu'un vœu pieux. Le juge de la peine a expliqué que son analyse demeurerait inchangée même s'il prenait en considération les perspectives de traitement de B à l'étape de la déclaration. En l'absence de toute erreur de droit importante, une déclaration de délinquant dangereux est une question de fait. Le rôle du tribunal d'appel est donc de décider si la déclaration était raisonnable. Eu égard aux conclusions de fait tirées par le juge de la peine, la déclaration de délinquant dangereux prononcée contre B et l'imposition d'une peine de détention pour une période indéterminée ne peuvent être considérées comme déraisonnables.

*La juge Karakatsanis (dissidente en partie) :* Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que le par. 753(1) du *Code criminel* oblige le juge à prendre en considération les perspectives de traitement futur du délinquant et que cette disposition n'est donc pas inconstitutionnelle pour cause de portée excessive. Toutefois, le par. 753(4.1) doit être déclaré inopérant car il viole l'art. 12 de la *Charte* et ne peut être justifié au regard de l'article premier. Il y a lieu d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience afin de déterminer la peine appropriée au titre du par. 753(4).

Parce qu'il exige que l'on mette l'accent uniquement sur la sécurité du public, le par. 753(4.1) impose une peine pour une période indéterminée dans les cas où celle-ci est exagérément disproportionnée à la peine que commandent les principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel* et l'objectif de protection du public que vise le régime des délinquants dangereux.

narrow, structured discretion at the penalty stage has created a legislative context that fails to ensure offenders are only sentenced to indeterminate incarceration if this sentence is appropriate. The dangerous offender scheme removes all judicial discretion at the designation stage. Thus, an offender who meets the legislative criteria for dangerousness must be designated a dangerous offender under s. 753(1). At the penalty stage, s. 753(4) provides the sentencing judge with broad discretion; however, s. 753(4.1) curtails this discretion significantly — if there is not a reasonable expectation that the public will be adequately protected against the commission of another serious personal injury offence, indeterminate detention must be imposed, even if this sentence is disproportionate to the gravity of the predicate offence and the offender's degree of responsibility. Proportionality is not reflected in the s. 753(4.1) public safety threshold. Section 753(4.1) may also preclude a sentence that respects the principle of restraint as it creates a presumption for an indeterminate sentence that is only rebuttable by evidence adduced during the hearing. If no evidence of community supervision programs is presented, or if it is unknown whether the offender will be amenable to treatment, s. 753(4.1) mandates indeterminate detention. Life experiences and systemic factors that may have contributed to bringing a dangerous offender before the courts cannot be considered in the s. 753(4.1) analysis.

Indeterminate detention is so excessive as to outrage standards of decency in cases where the offender's degree of responsibility and the gravity of the predicate offence are on the low end of the spectrum, especially where alternative measures, including lengthy sentences of incarceration with long-term supervision orders, permit public safety concerns to be addressed. While Parliament is entitled to take steps to protect Canadians against the threat posed by the most dangerous criminals, the current scheme goes too far. Indeterminate detention — the most severe penalty, apart perhaps from life sentences — is grossly disproportionate to the sentence some offenders would otherwise receive under the sentencing principles in the *Criminal Code*. In applying s. 753(4.1), a sentencing judge must ask whether the offender, due to

L'étape de la déclaration obligatoire, qui vise un large groupe de délinquants, combinée au pouvoir discrétionnaire limité et structuré à l'étape de la sanction, a créé un contexte législatif qui ne permet pas de voir à ce que les délinquants n'écopent d'une peine de détention pour une période indéterminée que si cette peine est appropriée. Le régime des délinquants dangereux élimine tout pouvoir discrétionnaire du juge à l'étape de la déclaration de délinquant dangereux. Ainsi donc, le délinquant qui satisfait aux critères législatifs de la dangerosité doit être déclaré délinquant dangereux en application du par. 753(1). À l'étape de la sanction, le par. 753(4) confère au juge un vaste pouvoir discrétionnaire; toutefois, le par. 753(4.1) restreint considérablement ce pouvoir discrétionnaire — si l'on ne peut vraisemblablement s'attendre à ce que le public soit suffisamment protégé contre la perpétration d'une autre infraction qui constitue des sévices graves à la personne, le juge doit infliger une peine de détention pour une période indéterminée, même si cette peine est disproportionnée à la gravité de l'infraction sous-jacente et au degré de responsabilité du délinquant. Le critère de la sécurité publique au par. 753(4.1) ne fait pas état de la proportionnalité. Le paragraphe 753(4.1) pourrait aussi fermer la porte à une peine qui respecte le principe de la modération car il crée une présomption en faveur d'une peine de détention pour une période indéterminée qui ne peut être réfutée qu'au moyen d'éléments mis en preuve lors de l'audition. Si aucune preuve relative à l'existence de programmes de surveillance dans la collectivité n'est produite, ou l'on ne sait pas si le délinquant répondra à un traitement, le par. 753(4.1) commande une détention pour une période indéterminée. Les vécus et les facteurs systémiques qui pourraient avoir contribué à amener le délinquant dangereux devant les tribunaux ne peuvent être pris en considération dans l'analyse fondée sur le par. 753(4.1).

La détention pour une période indéterminée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine dans les cas où le degré de responsabilité du délinquant et la gravité de l'infraction sous-jacente se situent à l'extrémité inférieure du spectre, surtout lorsque d'autres mesures, notamment de longues peines d'emprisonnement assorties d'ordonnances de surveillance de longue durée, permettent de répondre aux préoccupations en matière de sécurité du public. Même si le Parlement peut prendre des mesures pour protéger les Canadiens et les Canadiennes contre la menace que posent les criminels les plus dangereux, le régime actuel va trop loin. La détention pour une période indéterminée — la peine la plus sévère, exception faite peut-être des peines d'emprisonnement à perpétuité — est

the level of the risk and the nature of future harm likely to be caused, falls within the small group of truly dangerous offenders who must be imprisoned indefinitely in order to protect the public.

In this case, the evidence suggests there may be a reasonable possibility that B's risk could be controlled in the community. The record before the sentencing judge suggests that a determinate sentence with a long-term supervision order may well have been appropriate and been adequate for public protection had the sentencing judge not proceeded on the basis that his discretion was curtailed by s. 753(4.1), an unconstitutional provision. A new hearing is therefore required to determine the appropriate sentence.

### Cases Cited

By Côté J.

**Overruled:** *R. v. Szostak*, 2014 ONCA 15, 118 O.R. (3d) 401; **applied:** *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357; **referred to:** *R. v. Sipos*, 2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423; *Hatchwell v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 39; *R. v. Currie*, [1997] 2 S.C.R. 260; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Carleton* (1981), 32 A.R. 181, aff'd [1983] 2 S.C.R. 58; *R. v. Sullivan* (1987), 20 O.A.C. 323; *R. v. Newman* (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 197; *R. v. Oliver* (1997), 114 C.C.C. (3d) 50; *R. v. Neve*, 1999 ABCA 206, 137 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180; *R. v. Steele*, 2014 SCC 61, [2014] 3 S.C.R. 138; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Warawa*, 2011 ABCA 294, 278 C.C.C. (3d) 409; *R. v. Osborne*, 2014 MBCA 73, 314 C.C.C. (3d) 57; *R. v. Bragg*, 2015 BCCA 498, 332 C.C.C. (3d) 145; *R. v. Smarch*, 2015 YKCA 13, 374 B.C.A.C. 291; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Crowe*, Ont. Ct. J., No. 10-10013990, March 22, 2017.

By Karakatsanis J. (dissenting in part)

*R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15,

exagérément disproportionnée à la peine qui serait par ailleurs imposée à certains délinquants selon les principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel*. Lorsqu'il applique le par. 753(4.1), le juge de la peine doit se demander si, en raison du niveau de risque qu'il présente et de la nature des sévices qu'il pourrait vraisemblablement causer à l'avenir, le délinquant appartient au groupe restreint de délinquants véritablement dangereux que l'on doit incarcérer pour une durée indéterminée afin de protéger le public.

La preuve en l'espèce indique qu'il pourrait être réellement possible de maîtriser au sein de la collectivité le risque que présente B. Le dossier dont le juge était saisi indique qu'une peine pour une période déterminée assortie d'une ordonnance de surveillance de longue durée aurait bien pu se révéler appropriée et suffire pour protéger le public si le juge n'avait pas tenu pour acquis que son pouvoir discrétionnaire était restreint par le par. 753(4.1), une disposition inconstitutionnelle. Il faut donc tenir une nouvelle audience pour décider de la peine appropriée.

### Jurisprudence

Citée par la juge Côté

**Arrêt rejeté :** *R. c. Szostak*, 2014 ONCA 15, 118 O.R. (3d) 401; **arrêts appliqués :** *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sipos*, 2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423; *Hatchwell c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 39; *R. c. Currie*, [1997] 2 R.C.S. 260; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Carleton* (1981), 32 A.R. 181, conf. par [1983] 2 R.C.S. 58; *R. c. Sullivan* (1987), 20 O.A.C. 323; *R. c. Newman* (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 197; *R. c. Oliver* (1997), 114 C.C.C. (3d) 50; *R. c. Neve*, 1999 ABCA 206, 137 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180; *R. c. Steele*, 2014 CSC 61, [2014] 3 R.C.S. 138; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Warawa*, 2011 ABCA 294, 278 C.C.C. (3d) 409; *R. c. Osborne*, 2014 MBCA 73, 314 C.C.C. (3d) 57; *R. c. Bragg*, 2015 BCCA 498, 332 C.C.C. (3d) 145; *R. c. Smarch*, 2015 YKCA 13, 374 B.C.A.C. 291; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Crowe*, C.J. Ont., n° 10-10013990, 22 mars 2017.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente en partie)

*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15,

[2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Steele*, 2014 SCC 61, [2014] 3 S.C.R. 138; *R. v. Currie*, [1997] 2 S.C.R. 260; *R. v. Taillefer*, 2015 ONSC 2357; *R. v. S.M.* (2005), 196 O.A.C. 127; *R. v. Langevin* (1984), 45 O.R. (2d) 705; *R. v. Neve*, 1999 ABCA 206, 137 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Szostak*, 2014 ONCA 15, 118 O.R. (3d) 401; *R. v. Shea*, 2017 NSCA 43, 349 C.C.C. (3d) 231; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Walsh*, 2017 BCCA 195, 348 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Payne* (2001), 41 C.R. (5th) 156; *R. v. Radcliffe*, 2017 ONCA 176, 347 C.C.C. (3d) 3; *R. v. B. (D.V.)*, 2010 ONCA 291, 100 O.R. (3d) 736, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. vii; *Re Moore and the Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *R. v. R.S.*, 2016 ONSC 7767; *R. v. Smarch*, 2015 YKCA 13, 374 B.C.A.C. 280; *R. v. Goodwin*, 2002 BCCA 513, 168 C.C.C. (3d) 14; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *R. v. Sipos*, 2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423; *R. v. Horvath* (1997), 117 C.C.C. (3d) 110.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code (high risk offenders), the Corrections and Conditional Release Act, the Criminal Records Act, the Prisons and Reformatories Act and the Department of the Solicitor General Act*, S.C. 1997, c. 17.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 12.

*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 688 [rep. & sub. 1976-77, c. 53, s. 14].

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718 to 718.2, 718, 718.1, 718.2, 718.3, 742.1, Part XXIV, 752 to 761, 752 “serious personal injury offence”, 752.1, 753, 753.01, 753.1, 757(a), 759, 761(1).

*Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6.

### Authors Cited

Canada. Public Safety Canada Portfolio Corrections Statistics Committee. *Corrections and Conditional Release Statistical Overview*, 2008 Annual Report. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2008.

[2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Steele*, 2014 CSC 61, [2014] 3 R.C.S. 138; *R. c. Currie*, [1997] 2 R.C.S. 260; *R. c. Taillefer*, 2015 ONSC 2357; *R. c. S.M.* (2005), 196 O.A.C. 127; *R. c. Langevin* (1984), 45 O.R. (2d) 705; *R. c. Neve*, 1999 ABCA 206, 137 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Szostak*, 2014 ONCA 15, 118 O.R. (3d) 401; *R. c. Shea*, 2017 NSCA 43, 349 C.C.C. (3d) 231; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Walsh*, 2017 BCCA 195, 348 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Payne* (2001), 41 C.R. (5th) 156; *R. c. Radcliffe*, 2017 ONCA 176, 347 C.C.C. (3d) 3; *R. c. B. (D.V.)*, 2010 ONCA 291, 100 O.R. (3d) 736, autorisation d’appel refusée, [2011] 3 R.C.S. vii; *Re Moore and the Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *R. c. R.S.*, 2016 ONSC 7767; *R. c. Smarch*, 2015 YKCA 13, 374 B.C.A.C. 280; *R. c. Goodwin*, 2002 BCCA 513, 168 C.C.C. (3d) 14; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *R. c. Sipos*, 2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423; *R. c. Horvath* (1997), 117 C.C.C. (3d) 110.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 12.

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 718 à 718.2, 718, 718.1, 718.2, 718.3, 742.1, partie XXIV, 752 à 761, 752 « sévices graves à la personne », 752.1, 753, 753.01, 753.1, 757a), 759, 761(1).

*Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 688 [abr. & rempl. 1976-77, c. 53, art. 14].

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).

*Loi modifiant le Code criminel (délinquants présentant un risque élevé de récidive), la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, la Loi sur le casier judiciaire, la Loi sur les prisons et les maisons de correction et la Loi sur le ministère du Solliciteur général*, L.C. 1997, c. 17.

*Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6.

### Doctrine et autres documents cités

Canada. Comité de la statistique correctionnelle du portefeuille ministériel de Sécurité publique Canada. *Aperçu statistique : Le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, Rapport annuel 2008, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2008.

Canada. Public Safety Canada Portfolio Corrections Statistics Committee. *Corrections and Conditional Release Statistical Overview*, 2015 Annual Report. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2016.

Canada. Public Safety Canada Portfolio Corrections Statistics Committee. *Corrections and Conditional Release Statistical Overview*, 2016 Annual Report. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2017.

Canada. Royal Commission to Investigate the Penal System of Canada. *Report of the Royal Commission to Investigate the Penal System of Canada*. Ottawa: King's Printer, 1938.

Neuberger, Joseph A. *Assessing Dangerousness: Guide to the Dangerous Offender Application Process*. Toronto: Carswell, 2011 (loose-leaf updated 2017).

Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Smith, Groberman and Goepel J.J.A.), 2016 BCCA 235, 336 C.C.C. (3d) 293, 356 C.R.R. (2d) 275, 29 C.R. (7th) 419, 388 B.C.A.C. 264, 670 W.A.C. 264, [2016] B.C.J. No. 1116 (QL), 2016 CarswellBC 1487 (WL Can.), setting aside in part the decisions of Voith J., 2015 BCSC 901, 325 C.C.C. (3d) 345, [2015] B.C.J. No. 1102 (QL), 2015 CarswellBC 1464 (WL Can.); and 2014 BCSC 2187, 317 C.C.C. (3d) 1, 324 C.R.R. (2d) 221, [2014] B.C.J. No. 2867 (QL), 2014 CarswellBC 3475 (WL Can.). Appeal dismissed, Karakatsanis J. dissenting in part.

*Eric Purtzki, Gary N. A. Botting and Michael Sobkin*, for the appellant.

*Rodney Garson and Michael Brundrett*, for the respondent.

*Diba B. Majzub*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Gregory J. Tweney and Jennifer A. Crawford*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*W. Dean Sinclair, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Canada. Comité de la statistique correctionnelle du portefeuille ministériel de Sécurité publique Canada. *Aperçu statistique : Le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, Rapport annuel 2015, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2016.

Canada. Comité de la statistique correctionnelle du portefeuille ministériel de Sécurité publique Canada. *Aperçu statistique : Le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, Rapport annuel 2016, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2016.

Canada. Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada*, Ottawa, Imprimerie du Roi, 1938.

Neuberger, Joseph A. *Assessing Dangerousness : Guide to the Dangerous Offender Application Process*, Toronto, Carswell, 2011 (loose-leaf updated 2017).

Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Smith, Groberman et Goepel), 2016 BCCA 235, 336 C.C.C. (3d) 293, 356 C.R.R. (2d) 275, 29 C.R. (7th) 419, 388 B.C.A.C. 264, 670 W.A.C. 264, [2016] B.C.J. No. 1116 (QL), 2016 CarswellBC 1487 (WL Can.), qui a infirmé en partie les décisions du juge Voith, 2015 BCSC 901, 325 C.C.C. (3d) 345, [2015] B.C.J. No. 1102 (QL), 2015 CarswellBC 1464 (WL Can.); et 2014 BCSC 2187, 317 C.C.C. (3d) 1, 324 C.R.R. (2d) 221, [2014] B.C.J. No. 2867 (QL), 2014 CarswellBC 3475 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Karakatsanis est dissidente en partie.

*Eric Purtzki, Gary N. A. Botting et Michael Sobkin*, pour l'appelant.

*Rodney Garson et Michael Brundrett*, pour l'intimée.

*Diba B. Majzub*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Gregory J. Tweney et Jennifer A. Crawford*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*W. Dean Sinclair, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Sarah Clive*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Catriona Verner* and *Corbin Cawkell*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*Jonathan Rudin* and *Caitlyn E. Kasper*, for the intervener the Aboriginal Legal Services Inc.

*Vincent Larochelle*, for the intervener the Yukon Legal Services Society.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ. was delivered by

CÔTÉ J. —

## I. Overview

[1] The appellant, Mr. Boutilier, challenges the constitutional validity of s. 753(1) and (4.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, two provisions at the core of the dangerous offender regime, under ss. 7 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[2] Mr. Boutilier pleaded guilty to six criminal charges arising out of the robbery of a pharmacy with an imitation firearm and an ensuing car chase. In turn, the Crown brought an application seeking his designation as a dangerous offender and the imposition of a sentence of indeterminate detention. After the close of evidence in the dangerous offender hearing, Mr. Boutilier served a notice of constitutional question challenging the constitutionality of the provisions.

[3] The impugned *Criminal Code* provisions, which were most recently amended in 2008 by the *Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6 (“2008 amendments”), authorize the most extreme and clearest form of preventive sentence that can be imposed on an offender, indeterminate detention, in order to protect the public from a small group of

*Sarah Clive*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

*Catriona Verner* et *Corbin Cawkell*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

*Jonathan Rudin* et *Caitlyn E. Kasper*, pour l’intervenante Aboriginal Legal Services Inc.

*Vincent Larochelle*, pour l’intervenante la Société d’aide juridique du Yukon.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Moldaver, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe rendu par

LA JUGE CÔTÉ —

## I. Aperçu

[1] L’appelant, M. Boutilier, conteste la constitutionnalité des par. 753(1) et (4.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 — deux dispositions au cœur du régime des délinquants dangereux —, au regard des art. 7 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[2] Monsieur Boutilier a plaidé coupable à six accusations criminelles portées à la suite d’un vol qualifié perpétré dans une pharmacie au moyen d’une fausse arme à feu, et de la poursuite automobile qui a suivi. Par la suite, la Couronne a demandé qu’il soit déclaré délinquant dangereux et qu’une peine de détention d’une durée indéterminée lui soit infligée. Après la clôture de la preuve lors de l’audience sur le statut de délinquant dangereux, M. Boutilier a fait signifier un avis de question constitutionnelle contestant la constitutionnalité des dispositions en cause.

[3] Les dispositions du *Code criminel* qui sont contestées, et auxquelles les modifications les plus récentes ont été apportées en 2008 par la *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6 (« modifications de 2008 »), autorisent la forme extrême et la plus manifeste de peine préventive susceptible d’être infligée à un délinquant, à savoir

persistent criminals with a propensity for committing violent crimes against the person.

[4] Mr. Boutilier submits that s. 753(1) is overbroad and violates s. 7 on the basis that a sentencing judge is precluded from considering an offender's future treatment prospects in conducting a prospective risk assessment. He further submits that s. 753(4.1) is overbroad and violates s. 7 as it may result in the imposition of an indeterminate sentence on an offender who can be controlled under the long-term supervision provisions of the *Criminal Code*. He also submits that s. 753(4.1) imposes "grossly disproportionate" punishment contrary to s. 12 on the basis that it heavily curtails judicial discretion at the sentencing stage in favour of indeterminate detention. Finally, he submits that the sentencing judge erred in imposing an indeterminate sentence.

[5] The sentencing judge granted Mr. Boutilier's application in part, finding only that s. 753(1) is unconstitutionally overbroad. The Court of Appeal held that the sentencing judge had erred in finding s. 753(1) to be overbroad but agreed with the sentencing judge that s. 753(4.1) did not violate ss. 7 and 12 of the *Charter*. The Court of Appeal dismissed Mr. Boutilier's appeal of his indeterminate sentence.

[6] The appeal to this Court raises four issues, which I resolve as follows:

A. Does s. 753(1) preclude a sentencing judge from considering future treatment prospects before designating an offender as dangerous? If so, is this section overbroad under s. 7 of the *Charter*?

la détention pour une période indéterminée, afin de protéger le public contre un petit groupe de récidivistes ayant une propension à perpétrer des crimes violents contre la personne.

[4] Monsieur Boutilier fait valoir que le par. 753(1) a une portée excessive et viole l'art. 7, car il a pour effet d'empêcher le juge de la peine de prendre en considération les perspectives de traitement futur du délinquant lors de l'évaluation prospective des risques. Il ajoute que le par. 753(4.1) a lui aussi une portée excessive et viole l'art. 7, au motif qu'il risque d'entraîner l'imposition d'une peine de détention pour une période indéterminée à un délinquant qui pourrait être contrôlé sous le régime des dispositions du *Code criminel* relatives à la surveillance de longue durée. Il prétend en outre que le par. 753(4.1) impose une peine « exagérément disproportionnée », en contravention avec l'art. 12, du fait qu'il limite considérablement le pouvoir discrétionnaire du juge à l'étape de la détermination de la peine en favorisant la détention pour une période indéterminée. Enfin, il soutient que le juge de la peine a commis une erreur en lui infligeant une peine pour une période indéterminée.

[5] Le juge de la peine a accueilli en partie la demande de M. Boutilier, déclarant que seul le par. 753(1) était inconstitutionnel pour cause de portée excessive. La Cour d'appel a statué que le juge de la peine avait fait erreur en concluant à la portée excessive du par. 753(1), mais elle a convenu avec lui que le par. 753(4.1) ne portait pas atteinte aux art. 7 et 12 de la *Charte*. La Cour d'appel a rejeté l'appel formé par M. Boutilier à l'encontre de sa peine de détention d'une durée indéterminée.

[6] Le pourvoi formé devant notre Cour soulève quatre questions, auxquelles je répondrai comme suit :

A. Le paragraphe 753(1) empêche-t-il le juge de la peine de prendre en considération les perspectives de traitement futur avant de déclarer un délinquant dangereux? Dans l'affirmative, cette disposition a-t-elle une portée excessive au regard de l'art. 7 de la *Charte*?

In my view, consideration of future treatment prospects has always been part of the prospective assessment of risk required by s. 753(1). There is no overbreadth.

- B. Does s. 753(4.1) lead to a grossly disproportionate sentence, contrary to s. 12 of the *Charter*, by presumptively imposing indeterminate detention and preventing the sentencing judge from imposing a fit sentence consistent with the principles and objectives of sentencing?

In my view, s. 753(4.1) does not impose punishment that is grossly disproportionate. It does not create a presumption in favour of indeterminate detention, and the sentencing judge must apply the principles and objectives of sentencing to impose a fit sentence.

- C. Is s. 753(4.1) overbroad in violation of s. 7 of the *Charter* because it applies to offenders that could have been monitored under the long-term offender scheme?

In my view, it is not.

- D. Did the sentencing judge err by sentencing Mr. Boutilier to an indeterminate period of detention?

In my view, he did not.

[7] For these reasons, the appeal should be dismissed.

## II. Judgments Below

- A. *Sentencing Judgment — Supreme Court of British Columbia, 2014 BCSC 2187, 317 C.C.C. (3d) 1, and 2015 BCSC 901, 325 C.C.C. (3d) 345, per Voith J. (November 21, 2014 and May 29, 2015)*

[8] The sentencing judge found that s. 753(1) is overbroad and thus violates s. 7 of the *Charter*. In his view, this subsection does not allow a

À mon avis, la prise en considération des perspectives de traitement futur a toujours constitué un élément de l'évaluation prospective des risques requise par le par. 753(1). Il n'y a pas de portée excessive.

- B. Le paragraphe 753(4.1) a-t-il pour effet d'entraîner une peine exagérément disproportionnée, en contravention avec l'art. 12 de la *Charte*, en imposant par présomption une peine de détention pour une période indéterminée et en empêchant le juge de la peine d'infliger une peine juste conforme aux principes et aux objectifs de la détermination de la peine?

À mon avis, le par. 753(4.1) n'impose pas de peine exagérément disproportionnée. Il ne crée pas de présomption en faveur d'une peine de détention pour une période indéterminée, et le juge de la peine doit appliquer les principes et objectifs de la détermination de la peine pour infliger une peine juste.

- C. Le paragraphe 753(4.1) a-t-il une portée excessive, en contravention avec l'art. 7 de la *Charte*, en ce qu'il s'applique à des délinquants qui auraient pu être surveillés dans le cadre du régime des délinquants à contrôler?

Je suis d'avis que non.

- D. Le juge de la peine a-t-il fait erreur en condamnant M. Boutilier à une peine de détention pour une période indéterminée?

Je suis d'avis que non.

[7] Pour ces motifs, le pourvoi devrait être rejeté.

## II. Décisions des juridictions inférieures

- A. *Jugement sur la peine — Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2014 BCSC 2187, 317 C.C.C. (3d) 1, et 2015 BCSC 901, 325 C.C.C. (3d) 345, le juge Voith (21 novembre 2014 et 29 mai 2015)*

[8] Le juge de la peine a conclu que le par. 753(1) a une portée excessive et viole de ce fait l'art. 7 de la *Charte*. À son avis, cette disposition ne permet pas



sentencing judge to consider an offender's future treatment prospects before designating him or her as dangerous. Consequently, an offender who may not necessarily be dangerous in the future could still be designated under the scheme and face the risk of a sentence of indeterminate detention. Additionally, he found that the designation under s. 753(1) is permanent and can have downstream consequences under s. 753.01, potentially leading the accused to be sentenced to an indeterminate sentence for a subsequent offence without necessarily being redesignated as dangerous. He held that the s. 7 breach was not justified under s. 1 of the *Charter* as Parliament could have enacted legislation addressing the legitimate objectives of the scheme while infringing offenders' rights to a lesser extent. He declared s. 753(1) to be invalid but suspended this declaration of invalidity for one year.

[9] The sentencing judge found that the other impugned subsection, s. 753(4.1), does not violate s. 7 or 12 of the *Charter*. First, he held that this provision does not impose a persuasive or evidentiary burden on the accused to rebut the presumption of indeterminate detention. Second, he held that a judge's residual discretion under s. 753(4.1) ensures that indeterminate detention will not be imposed where it is unnecessary to protect the public.

[10] Despite the suspended declaration of invalidity, the sentencing judge found that, in this case, the Crown had established the statutory criteria under s. 753(1) beyond a reasonable doubt. The sentencing judge held that Mr. Boutilier was a dangerous offender and sentenced him to an indeterminate detention, finding that his prospect of successful treatment was nothing more than an "expression of hope" and, therefore, that no lesser sentence would adequately protect the public: s. 753(4.1).

au juge de la peine de prendre en considération les perspectives de traitement futur du délinquant avant de déclarer celui-ci délinquant dangereux. Il s'ensuit qu'un délinquant qui ne serait pas nécessairement dangereux dans le futur pourrait tout de même être déclaré tel dans le cadre du régime et risquer une peine de détention pour une période indéterminée. De plus, il a considéré que la déclaration de délinquant dangereux visée au par. 753(1) est permanente et peut avoir des conséquences en aval en vertu de l'art. 753.01, puisqu'elle pourrait faire en sorte que l'accusé soit condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée pour une infraction subséquente, sans nécessairement être déclaré de nouveau délinquant dangereux. Le juge a statué que la violation de l'art. 7 n'était pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, étant donné que le Parlement aurait pu édicter des dispositions législatives propres à permettre la réalisation des objectifs légitimes du régime, mais moins attentatoires aux droits du délinquant. Il a déclaré le par. 753(1) invalide, mais a suspendu l'effet de cette déclaration d'invalidité pendant un an.

[9] Le juge de la peine a conclu que l'autre disposition contestée, le par. 753(4.1), ne violait ni l'art. 7 ni l'art. 12 de la *Charte*. Premièrement, il a statué que cette disposition n'obligeait pas l'accusé à s'acquitter d'un fardeau de présentation ou de persuasion afin de réfuter la présomption de détention pour une période indéterminée. Deuxièmement, il a estimé que le pouvoir discrétionnaire résiduel dont dispose le juge en vertu du par. 753(4.1) fait en sorte qu'une peine de détention pour une période indéterminée ne sera pas infligée dans les cas où elle n'est pas nécessaire pour protéger le public.

[10] Malgré la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité, le juge de la peine a conclu qu'en l'espèce, la Couronne avait démontré hors de tout doute raisonnable l'existence des conditions énoncées au par. 753(1). Il a statué que M. Boutilier était un délinquant dangereux et lui a infligé une peine de détention pour une période indéterminée après avoir conclu que les perspectives de réussite de son traitement n'étaient rien de plus qu'un [TRADUCTION] « vœu pieux » et, par conséquent, qu'aucune peine moins sévère ne protégerait de façon suffisante le public (par. 753(4.1)).

B. *Court of Appeal for British Columbia, 2016 BCCA 235, 336 C.C.C. (3d) 293, per Smith J.A. (Groberman and Goepel J.J.A. Concurring) (June 2, 2016)*

[11] The Crown appealed the declaration of constitutional invalidity with respect to s. 753(1). In turn, Mr. Boutilier appealed the sentencing judge's decision on the constitutionality of s. 753(4.1) as well as his dangerous offender designation and his indeterminate sentence. The Crown's appeal was allowed and Mr. Boutilier's appeal was dismissed.

[12] The Court of Appeal held that the sentencing judge had erred in finding s. 753(1) to be unconstitutionally overbroad. Although it found that treatment prospects have a limited role to play at the designation stage, its ultimate conclusion was that consideration of future treatment prospects at the sentencing stage is sufficient to avoid capturing offenders who may not be dangerous. The Court of Appeal upheld the sentencing judge's decision regarding s. 753(4.1) and Mr. Boutilier's sentence.

### III. The Statutory Scheme

[13] The dangerous offender scheme is designed as a "two stage" process.

[14] Section 753(1) lists the statutory requirements that must be met before a court can designate an offender as dangerous ("designation stage"):

**753 (1)** On application made under this Part after an assessment report is filed under subsection 752.1(2), the court shall find the offender to be a dangerous offender if it is satisfied

(a) that the offence for which the offender has been convicted is a serious personal injury offence described in paragraph (a) of the definition of that expression in section 752 and the offender constitutes a

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2016 BCCA 235, 336 C.C.C. (3d) 293, la juge d'appel Smith (avec l'appui des juges d'appel Groberman et Goepel) (2 juin 2016)*

[11] La Couronne a interjeté appel de la déclaration d'inconstitutionnalité du par. 753(1). Pour sa part, M. Boutilier a fait appel de la décision du juge de la peine concernant la constitutionnalité du par. 753(4.1), ainsi que de sa déclaration de délinquant dangereux et de sa peine de détention pour une période indéterminée. L'appel de la Couronne a été accueilli et celui de M. Boutilier a été rejeté.

[12] La Cour d'appel a statué que le juge de la peine avait fait erreur en concluant à l'inconstitutionnalité du par. 753(1) pour cause de portée excessive. Bien qu'elle ait jugé que les perspectives de traitement jouent un rôle limité à l'étape de la déclaration de délinquant dangereux, elle est arrivée finalement à la conclusion que la prise en considération des perspectives de traitement futur à l'étape de la détermination de la peine suffit pour éviter que soient déclarés délinquants dangereux des délinquants qui ne le sont peut-être pas. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de la peine en ce qui concerne le par. 753(4.1), ainsi que la peine infligée à M. Boutilier.

### III. Le régime législatif

[13] Le régime des délinquants dangereux se veut un processus « en deux étapes ».

[14] Le paragraphe 753(1) énumère les conditions statutaires qui doivent être réunies pour qu'un tribunal puisse déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux (« étape de la déclaration ») :

**753 (1)** Sur demande faite, en vertu de la présente partie, postérieurement au dépôt du rapport d'évaluation visé au paragraphe 752.1(2), le tribunal doit déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux s'il est convaincu que, selon le cas :

a) l'infraction commise constitue des sévices graves à la personne, aux termes de l'alinéa a) de la définition de cette expression à l'article 752, et que le délinquant qui l'a commise constitue un danger pour la vie, la

threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons on the basis of evidence establishing

(i) a pattern of repetitive behaviour by the offender, of which the offence for which he or she has been convicted forms a part, showing a failure to restrain his or her behaviour and a likelihood of causing death or injury to other persons, or inflicting severe psychological damage on other persons, through failure in the future to restrain his or her behaviour,

(ii) a pattern of persistent aggressive behaviour by the offender, of which the offence for which he or she has been convicted forms a part, showing a substantial degree of indifference on the part of the offender respecting the reasonably foreseeable consequences to other persons of his or her behaviour, or

(iii) any behaviour by the offender, associated with the offence for which he or she has been convicted, that is of such a brutal nature as to compel the conclusion that the offender's behaviour in the future is unlikely to be inhibited by normal standards of behavioural restraint; or

(b) that the offence for which the offender has been convicted is a serious personal injury offence described in paragraph (b) of the definition of that expression in section 752 and the offender, by his or her conduct in any sexual matter including that involved in the commission of the offence for which he or she has been convicted, has shown a failure to control his or her sexual impulses and a likelihood of causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his or her sexual impulses.

[15] Subsections (4) and (4.1) of s. 753 relate to the sentencing of a dangerous offender ("penalty stage"):

(4) If the court finds an offender to be a dangerous offender, it shall

(a) impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period;

(b) impose a sentence for the offence for which the offender has been convicted — which must be a minimum punishment of imprisonment for a term of two years — and order that the offender be subject to long-term supervision for a period that does not exceed 10 years; or

sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit, en vertu de preuves établissant, selon le cas :

(i) que, par la répétition de ses actes, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il a été déclaré coupable, le délinquant démontre qu'il est incapable de contrôler ses actes et permet de croire qu'il causera vraisemblablement la mort de quelque autre personne ou causera des sévices ou des dommages psychologiques graves à d'autres personnes,

(ii) que, par la répétition continue de ses actes d'agression, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il a été déclaré coupable, le délinquant démontre une indifférence marquée quant aux conséquences raisonnablement prévisibles que ses actes peuvent avoir sur autrui,

(iii) un comportement, chez ce délinquant, associé à la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, d'une nature si brutale que l'on ne peut s'empêcher de conclure qu'il y a peu de chance pour qu'à l'avenir ce comportement soit inhibé par les normes ordinaires de restriction du comportement;

b) l'infraction commise constitue des sévices graves à la personne, aux termes de l'alinéa b) de la définition de cette expression à l'article 752, et que la conduite antérieure du délinquant dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, démontre son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes.

[15] Les paragraphes (4) et (4.1) de l'art. 753 portent sur la peine à infliger à un délinquant dangereux (« étape de la sanction ») :

(4) S'il déclare que le délinquant est un délinquant dangereux, le tribunal :

a) soit lui inflige une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée;

b) soit lui inflige une peine minimale d'emprisonnement de deux ans pour l'infraction dont il a été déclaré coupable et ordonne qu'il soit soumis, pour une période maximale de dix ans, à une surveillance de longue durée;

(c) impose a sentence for the offence for which the offender has been convicted.

(4.1) The court shall impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period unless it is satisfied by the evidence adduced during the hearing of the application that there is a reasonable expectation that a lesser measure under paragraph (4)(b) or (c) will adequately protect the public against the commission by the offender of murder or a serious personal injury offence.

[16] Section 753(1) contemplates two categories of dangerousness: (a) dangerousness resulting from violent behaviour (as in Mr. Boutilier’s case), and (b) dangerousness ensuing from sexual behaviour. Only the former category is at issue in this appeal.

[17] The Crown must demonstrate two elements to obtain a designation of dangerousness resulting from violent behaviour. First, the offence for which the offender has been convicted must be “a serious personal injury offence”: s. 753(1)(a). This first criterion is objective. There is no room for judicial discretion, since s. 752 defines the list of serious personal injury offences.

[18] Second, the offender must represent “a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons”. This second element, the requisite threat level, requires that the judge evaluate the threat posed by the offender on the basis of evidence establishing one of the following three violent patterns of conduct:

(i) a pattern of repetitive behaviour by the offender, of which the offence for which he or she has been convicted forms a part, showing a failure to restrain his or her behaviour and a likelihood of causing death or injury to other persons, or inflicting severe psychological damage on other persons, through failure in the future to restrain his or her behaviour,

(ii) a pattern of persistent aggressive behaviour by the offender, of which the offence for which he or she has been convicted forms a part, showing a substantial degree of indifference on the part of the offender respecting the reasonably foreseeable consequences to other persons of his or her behaviour, or

c) soit lui inflige une peine pour l’infraction dont il a été déclaré coupable.

(4.1) Le tribunal inflige une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée sauf s’il est convaincu, sur le fondement des éléments mis en preuve lors de l’audition de la demande, que l’on peut vraisemblablement s’attendre à ce que le fait d’infliger une mesure moins sévère en vertu des alinéas (4)b) ou c) protège de façon suffisante le public contre la perpétration par le délinquant d’un meurtre ou d’une infraction qui constitue des sévices graves à la personne.

[16] Le paragraphe 753(1) envisage deux catégories de dangerosité : a) la dangerosité résultant d’un comportement violent (comme dans le cas de M. Boutilier) et b) la dangerosité résultant d’un comportement sexuel. Seule la première catégorie est en cause dans le présent pourvoi.

[17] Pour obtenir une déclaration de dangerosité résultant d’un comportement violent, la Couronne doit établir deux éléments. Premièrement, il faut que l’infraction commise constitue « des sévices graves à la personne » (al. 753(1)a)). Cette première condition est objective. Le juge ne jouit d’aucun pouvoir discrétionnaire, étant donné que l’art. 752 dresse la liste des sévices graves à la personne.

[18] Deuxièmement, le délinquant doit constituer « un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit ». Ce second élément — le degré de danger requis — oblige le juge à évaluer le danger que constitue le délinquant sur la base de preuves établissant l’un ou l’autre des trois comportements violents suivants :

(i) . . . par la répétition de ses actes, notamment celui qui est à l’origine de l’infraction dont il a été déclaré coupable, le délinquant démontre qu’il est incapable de contrôler ses actes et permet de croire qu’il causera vraisemblablement la mort de quelque autre personne ou causera des sévices ou des dommages psychologiques graves à d’autres personnes,

(ii) . . . par la répétition continuelle de ses actes d’agression, notamment celui qui est à l’origine de l’infraction dont il a été déclaré coupable, le délinquant démontre une indifférence marquée quant aux conséquences raisonnablement prévisibles que ses actes peuvent avoir sur autrui,

(iii) any behaviour by the offender, associated with the offence for which he or she has been convicted, that is of such a brutal nature as to compel the conclusion that the offender's behaviour in the future is unlikely to be inhibited by normal standards of behavioural restraint;

These subparagraphs are disjunctive — they provide three standalone grounds for finding that the offender is a “threat” under s. 753(1).

[19] These grounds have not changed since the enactment of the scheme in 1977. Indeed, a brief overview of the scheme's legislative history is in order.

[20] The scheme was first introduced in 1977, subsequently amended in 1997, and amended again in 2008. When the scheme was enacted in 1977, it was referred to as a “two stage” process. At the designation stage, the sentencing judge had to determine if the statutory criteria were satisfied and then had the discretion to designate the individual. At the sentencing stage, the sentencing judge had to exercise his or her discretion again to decide whether to impose an indeterminate sentence. In 1997, the scheme became a “one stage” process. The judge had discretion to designate an offender as dangerous, but there was no discretion at the sentencing stage — an indeterminate sentence flowed as a consequence of the designation. The current version of the scheme reverts to a “two stage” process but removes the discretionary language from the designation stage. If a sentencing judge is satisfied that the statutory criteria have been met, the designation must follow. There is, however, some discretion remaining at the sentencing stage. Under s. 753(4.1), a sentencing judge must impose an indeterminate sentence on a designated individual *unless* he or she is satisfied that there is a reasonable expectation that a lesser measure will adequately protect the public.

(iii) un comportement, chez ce délinquant, associé à la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, d'une nature si brutale que l'on ne peut s'empêcher de conclure qu'il y a peu de chance pour qu'à l'avenir ce comportement soit inhibé par les normes ordinaires de restriction du comportement;

Ces sous-alinéas ont un caractère disjonctif — ils énoncent trois motifs autonomes permettant de conclure que le délinquant constitue un « danger » visé au par. 753(1).

[19] Ces motifs n'ont pas changé depuis la promulgation du régime en 1977. En effet, il y a lieu de procéder à un bref survol de l'historique législatif du régime.

[20] Instauré en 1977, le régime a été modifié en 1997, puis de nouveau en 2008. Lorsqu'il a été promulgué en 1977, il était qualifié de processus « en deux étapes ». À l'étape de la déclaration, le juge de la peine devait déterminer si les conditions statutaires étaient rencontrées, puis il avait le pouvoir discrétionnaire de déclarer l'individu dangereux. À l'étape de la détermination de la peine, le juge devait encore une fois exercer son pouvoir discrétionnaire pour décider s'il y avait lieu d'imposer une peine de détention pour une période indéterminée. En 1997, le régime est devenu un processus « en une étape ». Le juge avait le pouvoir discrétionnaire de déclarer un délinquant dangereux, mais il ne possédait aucun pouvoir discrétionnaire à l'étape de la détermination de la peine — une telle déclaration emportait l'imposition d'une peine de détention pour une période indéterminée. La version actuelle du régime constitue un retour au processus « en deux étapes », mais elle élimine le libellé conférant un pouvoir discrétionnaire à l'étape de la déclaration. S'il est convaincu que les conditions statutaires sont rencontrées, le juge de la peine doit déclarer le délinquant dangereux. Il conserve toutefois un certain pouvoir discrétionnaire à l'étape de la détermination de la peine. Suivant le par. 753(4.1), un juge de la peine doit infliger à un individu déclaré dangereux une peine de détention d'une durée indéterminée *sauf* s'il est convaincu que l'on peut vraisemblablement s'attendre à ce que le fait d'infliger une mesure moins sévère protège de façon suffisante le public.

#### IV. Analysis

##### A. *Does Section 753(1) Preclude a Sentencing Judge From Considering Future Treatment Prospects Before Designating an Offender as Dangerous? If So, Is This Section Overbroad Under Section 7 of the Charter?*

[21] Mr. Boutilier's contention is as follows. Under the current "two stage" approach, prospective evidence of future treatment cannot be considered at the designation stage and is relevant only at the penalty stage under s. 753(4.1). As a result, the provision is overbroad since it captures offenders who do not pose a future threat to public safety. Mr. Boutilier concedes that, should the Court find that prospective evidence must be considered at the designation stage, his overbreadth argument must fail.

[22] The sentencing judge agreed with Mr. Boutilier. He assumed that, with the passing of the 2008 amendments, the designation criteria now only allow for the consideration of retrospective evidence at the designation stage. This led him to find that, absent any consideration of an offender's treatment prospects, the statutory criteria for designation under s. 753(1) are so broad in scope that they capture offenders who do not pose a future risk to public safety. This overbreadth is contrary to the principles of fundamental justice and to s. 7 of the *Charter*. The Court of Appeal, while of the view that consideration of future treatment prospects at the penalty stage does not result in overbreadth, found that the designation stage has never required consideration of an offender's future treatment prospects.

[23] In my view, Mr. Boutilier's arguments are unavailing. A prospective assessment of risk has always been part of s. 753(1). The 2008 amendments

#### IV. Analyse

##### A. *Le paragraphe 753(1) empêche-t-il le juge de la peine de prendre en considération les perspectives de traitement futur avant de déclarer un délinquant dangereux? Dans l'affirmative, cette disposition a-t-elle une portée excessive au regard de l'art. 7 de la Charte?*

[21] Voici ce que soutient M. Boutilier. À son avis, suivant la démarche actuelle « en deux étapes », la preuve prospective d'un traitement futur ne peut être prise en considération à l'étape de la déclaration et elle n'est pertinente qu'à l'étape de la sanction prévue au par. 753(4.1). La disposition a donc selon lui une portée excessive, car elle vise des délinquants qui ne représentent pas un danger futur pour la sécurité publique. M. Boutilier concède que, si la Cour conclut que la preuve prospective doit être prise en compte à l'étape de la déclaration, son argument de la portée excessive doit être écarté.

[22] Le juge de la peine a donné raison à M. Boutilier. Il a tenu pour acquis que, depuis l'adoption des modifications de 2008, les conditions applicables à la déclaration de délinquant dangereux ne permettent la prise en compte que des éléments de preuve rétrospectifs à l'étape de la déclaration, ce qui l'a amené à conclure qu'en ne tenant pas compte des perspectives de traitement du délinquant, les conditions statutaires applicables à la déclaration de délinquant dangereux énoncées au par. 753(1) ont une portée si large qu'elles visent des délinquants qui ne présentent aucun risque futur pour la sécurité publique. Cette portée excessive est, à son avis, contraire aux principes de justice fondamentale et à l'art. 7 de la *Charte*. Bien qu'elle soit d'avis que la prise en considération des perspectives de traitement futur du délinquant à l'étape de la sanction ne résulte pas en une portée excessive, la Cour d'appel a conclu que la prise en compte de telles perspectives n'a jamais été requise à l'étape de la déclaration.

[23] À mon avis, les arguments de M. Boutilier ne peuvent être retenus. Une évaluation prospective des risques a toujours fait partie du par. 753(1). Les

did not change the requirements for this assessment. In line with the purpose and wording of s. 753(1) as well as the consistent jurisprudence of this Court, an offender cannot be designated as dangerous unless the judge concludes that he or she is a *future* “threat” after a prospective assessment of risk. Contrary to the divided jurisprudence on this point and the reasons of the Court of Appeal in this matter, this future risk assessment has always required consideration of future treatment prospects. This, in turn, means that the designation provision is not overbroad as it does not capture offenders who, though currently a threat to others, may cease to be in the future, notably after successful treatment.

(1) The Requirements for Prospective Assessment of Risk Under Section 753(1) Remain Unchanged

[24] Mr. Boutilier’s submissions and the sentencing judge’s conclusions relating to overbreadth rely on the assumption that the required assessment of prospective risk under s. 753(1) changed with the 2008 amendments, increasing the scope of the provision. This is not the case. The consistent language and the purpose of the provision both lead to the conclusion that the prospective risk assessment remains the same.

[25] This Court considered the constitutionality of this statutory scheme in the leading case of *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309.

[26] In *Lyons*, Justice La Forest read the objective element of the designation — the requirement that the predicate offence be a “serious personal injury offence” — together with the subjective element — the “threat” assessment — and concluded that four criteria were “explicit” from the language of s. 753(1): (1) the offender has been convicted of, and has to be sentenced for, a “serious personal injury offence”; (2) this predicate offence is part of a

modifications de 2008 n’ont rien changé aux exigences liées à cette évaluation. Conformément à l’objet et au libellé du par. 753(1) ainsi qu’à la jurisprudence constante de notre Cour, un délinquant ne peut être déclaré dangereux que si le juge conclut qu’il constitue un « danger » *futur* après avoir procédé à une évaluation prospective des risques. Contrairement à ce qui ressort de la jurisprudence contradictoire sur ce point et des motifs de la Cour d’appel en l’espèce, cette évaluation du risque futur a toujours exigé la prise en considération des perspectives de traitement futur du délinquant, ce qui signifie que la disposition concernant la déclaration de délinquant dangereux n’a pas une portée excessive, puisqu’elle ne vise pas des délinquants qui, bien qu’ils constituent à l’heure actuelle un danger pour autrui, pourraient cesser de constituer un tel danger à l’avenir, notamment après un traitement réussi.

(1) Les exigences relatives à l’évaluation prospective des risques en vertu du par. 753(1) demeurent les mêmes

[24] Les arguments de M. Boutilier et les conclusions du juge de la peine quant à la portée excessive reposent sur l’hypothèse selon laquelle l’évaluation prospective des risques requise par le par. 753(1) a changé à la suite des modifications de 2008, élargissant la portée de la disposition. Ce n’est pas le cas. Le libellé constant et l’objet de la disposition mènent tous deux à la conclusion que l’évaluation prospective des risques demeure la même.

[25] La Cour a examiné la constitutionnalité de ce régime statutaire dans l’arrêt de principe *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309.

[26] Dans cet arrêt, le juge La Forest a lu ensemble l’élément objectif de la déclaration de délinquant dangereux — l’exigence que l’infraction sous-jacente constitue des « sévices graves à la personne » — et son élément subjectif — l’évaluation du « danger » —, et il a conclu que quatre conditions « explicites » ressortaient du libellé du par. 753(1) : (1) le délinquant a été reconnu coupable et doit recevoir une peine pour « sévices

broader pattern of violence; (3) there is a high likelihood of harmful recidivism; and (4) the violent conduct is intractable (p. 338). The last three criteria are part of the assessment of the “threat” posed by the offender. The last two of these are future-oriented, and Justice La Forest explained them as follows:

Thirdly, it must be established that the pattern of conduct is very likely to continue and to result in the kind of suffering against which the section seeks to protect, namely, conduct endangering the life, safety or physical well-being of others or, in the case of sexual offences, conduct causing injury, pain or other evil to other persons. Also explicit in one form or another in each subparagraph of s. [688, now 753] is the requirement that the court must be satisfied that the pattern of conduct is substantially or pathologically intractable. [Emphasis added; p. 338.]

[27] The language of s. 753(1), which led Justice La Forest to develop the four criteria outlined above, has never been amended since its enactment in 1977. Before designating a dangerous offender, a sentencing judge must still be satisfied on the evidence that the offender poses a high likelihood of harmful recidivism and that his or her conduct is intractable. I understand “intractable” conduct as meaning behaviour that the offender is unable to surmount. Through these two criteria, Parliament requires sentencing judges to conduct a prospective assessment of dangerousness.

[28] Justice La Forest concluded what would today be referred to as an overbreadth analysis by finding that the four s. 753(1) criteria define a very small group of offenders for whom the risk of indeterminate preventive detention is constitutional:

Not only has a diligent attempt been made to carefully define a very small group of offenders whose personal characteristics and particular circumstances militate

graves à la personne »; (2) cette infraction sous-jacente fait partie d’un comportement général violent; (3) la probabilité d’une récidive préjudiciable est élevée; (4) le comportement violent est irréductible (p. 338). Les trois dernières conditions font partie de l’évaluation du « danger » que constitue le délinquant, tandis que les deux dernières sont prospectives. Le juge La Forest a fourni l’explication suivante à cet égard :

En troisième lieu, on doit établir qu’il est fort probable que ce type de comportement se poursuivra et causera le genre de souffrances contre lesquelles la disposition en cause cherche à offrir une protection, c’est-à-dire les actes constituant une conduite qui met en danger la vie, la sécurité ou le bien-être physique d’autrui ou, dans le cas des infractions sexuelles, une conduite qui cause des sévices ou d’autres maux à autrui. De plus, chaque alinéa de l’art. [688, aujourd’hui l’art. 753] contient sous une forme ou une autre une exigence explicite que la cour soit convaincue qu’il s’agit d’un type de comportement qui est essentiellement ou pathologiquement irréductible. [Je souligne; p. 338.]

[27] Le texte du par. 753(1), qui a amené le juge La Forest à énoncer les quatre conditions susmentionnées, n’a jamais été modifié depuis sa promulgation en 1977. Avant de déclarer un délinquant dangereux, le juge de la peine doit encore être convaincu, sur le fondement de la preuve, que le délinquant présente un risque élevé de récidive préjudiciable et que sa conduite est irréductible. Selon moi, une conduite « irréductible » s’entend d’un comportement que le délinquant est incapable de surmonter. Par ces deux conditions, le législateur fédéral oblige le juge de la peine à procéder à une évaluation prospective de la dangerosité du délinquant.

[28] Au terme de ce que l’on appellerait aujourd’hui une analyse de la portée excessive, le juge La Forest a conclu que les quatre conditions énoncées au par. 753(1) définissent un groupe très restreint de délinquants à l’égard desquels le risque de se voir infliger une peine de détention préventive pour une période indéterminée est constitutionnel :

En effet, non seulement le législateur s’est-il efforcé de définir soigneusement un groupe très restreint de délinquants dont les caractéristiques personnelles et la



strenuously in favour of preventive incarceration, but it would be difficult to imagine a better tailored set of criteria that could effectively accomplish the purposes sought to be attained. [p. 339]

He held that the designation criteria are sufficiently narrow and precise so as to apply *only* to offenders that pose a future threat to other persons, such that the risk of indeterminate detention is rationally tied to the public protection purpose of the scheme. Since these criteria have not subsequently been amended, the Court's conclusion that s. 753(1) does not overreach still applies.

[29] Mr. Boutilier relies on *R. v. Szostak*, 2014 ONCA 15, 118 O.R. (3d) 401, for the proposition that intractability is no longer a requirement under the current dangerous offender regime. In my view, it is *Lyons* and not *Szostak* that remains authoritative on this issue.

[30] The Ontario Court of Appeal in *Szostak*, at paras. 53-55, concluded that intractability is no longer an element of dangerousness because it is incompatible with the exercise of discretion to impose a determinate sentence at the penalty stage. The Court of Appeal considered that an offender whose conduct is intractable should rarely, if ever, be eligible to receive a lesser sentence.

[31] I respectfully disagree with this conclusion. As I will discuss below, the purposes of prospective evidence at the designation and sentencing stages are different. The designation stage is concerned with assessing the future threat posed by an offender. The penalty stage is concerned with imposing the appropriate sentence to manage the established threat. Though evidence may establish that an offender is unable to surmount his or her violent conduct, the sentencing judge must, at the penalty stage, turn his or her mind to whether the risk arising from the offender's behaviour can be adequately managed outside of an indeterminate sentence.

situation particulière militent fortement en faveur d'une incarcération préventive, mais encore il serait difficile d'imaginer un ensemble de critères mieux conçus pour atteindre les objectifs fixés. [p. 339]

Il a estimé que les conditions applicables à la déclaration de délinquant dangereux sont suffisamment restrictives et précises pour s'appliquer *uniquement* aux délinquants qui constituent un danger futur pour autrui, de telle sorte que le risque de détention pour une période indéterminée est rationnellement lié à l'objectif de la protection du public visé par le régime. Comme ces conditions n'ont pas été modifiées depuis, la conclusion de la Cour selon laquelle le par. 753(1) n'a pas une portée excessive demeure applicable.

[29] M. Boutilier s'appuie sur l'arrêt *R. c. Szostak*, 2014 ONCA 15, 118 O.R. (3d) 401, pour affirmer que l'irréductibilité n'est plus une exigence du régime actuel des délinquants dangereux. À mon avis, c'est toujours l'arrêt *Lyons*, et non l'arrêt *Szostak*, qui fait autorité sur cette question.

[30] Dans l'arrêt *Szostak*, par. 53-55, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'irréductibilité n'est plus un élément de dangerosité, car elle est incompatible avec l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'imposer une peine de détention d'une durée déterminée à l'étape de la sanction. La Cour d'appel a estimé que le délinquant dont la conduite est irréductible devrait rarement, voire jamais, être admissible à une peine moins sévère.

[31] Avec égards, je ne puis souscrire à cette conclusion. Comme je l'expliquerai plus loin, les buts de la preuve prospective à l'étape de la déclaration et à celle de la détermination de la peine diffèrent. L'étape de la déclaration porte sur l'évaluation du danger futur que présente le délinquant. L'étape de la sanction a trait à l'imposition de la peine appropriée pour gérer le danger établi. Bien qu'il soit possible que la preuve démontre que le délinquant est incapable de surmonter son comportement violent, le juge de la peine doit, à l'étape de la sanction, se demander si le risque découlant du comportement du délinquant peut être géré adéquatement autrement que par une peine de détention d'une durée indéterminée.

[32] The elements of the dangerous offender designation as set out in *Lyons* are therefore not incompatible with the exercise of discretion at the penalty stage. Indeed, there was also discretion at the penalty stage under the 1977 regime. This did not prevent this Court from concluding that intractability was a requirement in *Lyons*. More importantly, this Court in *Lyons* clearly grounded the intractability requirement in the statutory language, which has not changed since 1977. I therefore cannot see how it can be said that intractability has ceased to be a requirement of the designation.

[33] There are therefore four designation criteria under s. 753(1) — two of which are meant to limit designation to offenders posing a real future threat to other persons. These limits on designation align with the provision’s purpose, which has also been consistent over time. This Court has characterized the sentence of indeterminate detention as being a preventive sentence “in its clearest and most extreme form”: *R. v. Sipos*, 2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423, at para. 19. The purpose of this type of sentence has always been “neither punitive nor reformative but primarily [the offender’s] segregation from society”: *Report of the Royal Commission to Investigate the Penal System of Canada* (1938), at p. 223. This preventive sanction can be imposed only upon offenders for whom segregation from society is a rational means to achieve the overriding purpose of public safety.

[34] A provision imposing an indeterminate detention is therefore not overbroad if it is carefully “confined in its application to those habitual criminals who are dangerous to others”: *Lyons*, at p. 323. For an offender to be so “dangerous” as to render the “clearest and most extreme form” of preventive sentence a rational means to achieve the purpose of public safety, the offender must pose a future “threat” to public safety. This threat, characterized by the elements set out in *Lyons*, must consequently elevate the sentencing objective of segregation from

[32] Les éléments de la déclaration de délinquant dangereux énoncés dans *Lyons* ne sont donc pas incompatibles avec l’exercice du pouvoir discrétionnaire à l’étape de la sanction. D’ailleurs, le régime de 1977 prévoyait également l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire à l’étape de la sanction, ce qui n’a pas empêché la Cour dans *Lyons* de conclure que l’irréductibilité était requise. Plus important encore, la Cour a, dans cet arrêt, clairement fondé l’exigence en matière d’irréductibilité sur le libellé de la loi, lequel n’a pas changé depuis 1977. Je ne vois donc pas comment on peut affirmer que l’irréductibilité ne constitue plus une exigence pour qu’un délinquant puisse être déclaré dangereux.

[33] Il existe donc quatre conditions applicables à la déclaration de délinquant dangereux sous le régime du par. 753(1), dont deux visant à faire en sorte que seuls les délinquants qui constituent réellement un danger futur pour autrui soient déclarés tels. Ces limites sont conformes à l’objet de la disposition, qui lui aussi est resté le même au fil du temps. Notre Cour a dit de la peine de détention pour une période indéterminée qu’elle constituait « la forme extrême et la plus manifeste » de détention préventive (*R. c. Sipos*, 2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423, par. 19). L’objet de ce type de peine a toujours été non « pas de punir ni de réformer [les délinquants] mais avant tout de les isoler de la société » (*Rapport de la Commission royale d’enquête sur le système pénal du Canada* (1938), p. 233-234). Cette peine préventive peut être imposée seulement aux délinquants à l’égard desquels l’isolement de la société est un moyen rationnel d’atteindre l’objectif primordial de la sécurité du public.

[34] Une disposition qui impose une peine de détention pour une période indéterminée n’a donc pas une portée excessive si son application est « soigneusement [. . .] limit[ée] aux repris de justice qui présentent un danger pour autrui » (*Lyons*, p. 323). Pour être considéré « dangereux » au point où « la forme extrême et la plus manifeste » de peine préventive devient un moyen rationnel de réaliser l’objectif de sécurité du public, le délinquant doit constituer un « danger » futur pour la sécurité du public. Ce danger, caractérisé par les éléments énoncés dans *Lyons*,

society, at least in part, over the other objectives: *Lyons*, at pp. 328-29.

[35] Determining whether or not a high risk of recidivism and intractability are present necessarily involves a prospective inquiry into whether an offender will continue to be, in Justice Dickson's words (as he then was), "a real and present danger to life or limb": *Hatchwell v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 39, at p. 43. For the Court in *Lyons*, this prospective inquiry was critical to the constitutionality of the scheme. An entirely retrospective assessment could not ensure that indeterminate sentences were rationally connected to the objective of public safety going forward. Nor could it avoid catching offenders who had proved violent in the past but who presented no future threat.

[36] The jurisprudence of this Court subsequent to *Lyons* has consistently considered a prospective assessment of risk to be a component of dangerous offender applications. In *R. v. Currie*, [1997] 2 S.C.R. 260, Lamer C.J. said that a judge has to "be satisfied beyond a reasonable doubt of the likelihood of future danger that an offender presents to society before he or she can impose the dangerous offender designation and an indeterminate sentence": para. 25.<sup>1</sup> In *Sipos*, at para. 20, which concerned s. 753(1)(b), this Court explained that designation requires evidence on both the retrospective and the prospective elements.

<sup>1</sup> While the Crown must prove every dangerousness criterion beyond a reasonable doubt (*R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229), what must be proven beyond a reasonable doubt with respect to these two prospective criteria is not their certainty, but their likelihood: *Currie*, at para. 42. This is so because "as a matter of practicality, the most that can be established in a future context is a likelihood of certain events occurring": *Lyons*, at p. 364.

doit en conséquence élever au-dessus des autres objectifs — à tout le moins en partie — l'objectif de la détermination de la peine qui consiste à isoler le délinquant de la société (*Lyons*, p. 328-329).

[35] Pour déterminer si un délinquant présente un risque élevé de récidive et si sa conduite est irréductible, il faut nécessairement procéder à une analyse prospective de la question de savoir si celui-ci continuera de constituer, pour reprendre les termes du juge Dickson (plus tard Juge en chef), « un danger réel et actuel pour la vie et l'intégrité physique des gens » (*Hatchwell c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 39, p. 43). Pour la Cour dans l'arrêt *Lyons*, cette analyse prospective est essentielle à la constitutionnalité du régime. Une évaluation entièrement rétrospective ne pourrait garantir que les peines de détention pour une période indéterminée sont rationnellement liées à l'objectif de sécurité du public à l'avenir. Elle ne permettrait pas non plus d'éviter l'inclusion de délinquants qui ont été violents par le passé, mais qui ne constituent pas un danger à l'avenir.

[36] Après l'arrêt *Lyons*, la Cour a, dans sa jurisprudence, toujours considéré l'évaluation prospective des risques comme une composante des demandes visant à faire déclarer un délinquant dangereux. Dans l'arrêt *R. c. Currie*, [1997] 2 R.C.S. 260, le juge en chef Lamer a affirmé qu'un juge doit, « avant de pouvoir déclarer le délinquant en cause dangereux et lui infliger une peine de détention pour une période indéterminée, être convaincu hors de tout doute raisonnable que celui-ci présentera vraisemblablement un danger à l'avenir pour la société » (par. 25)<sup>1</sup>. Au paragraphe 20 de l'arrêt *Sipos*, qui portait sur l'al. 753(1)(b), notre Cour a expliqué que, pour qu'il y ait déclaration, il fallait une preuve tant sur les éléments rétrospectifs que prospectifs.

<sup>1</sup> Si la Couronne doit prouver chaque condition de la dangerosité hors de tout doute raisonnable (*R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229), ce qu'il faut prouver hors de tout doute raisonnable en ce qui concerne ces deux conditions prospectives est non pas une certitude, mais bien une probabilité (*Currie*, par. 42). En effet, « du point de vue pratique, tout ce qu'on peut établir concernant l'avenir est une probabilité que certains événements se produiront » (*Lyons*, p. 364).

[37] Indeed, three features of the designation scheme demonstrate the importance of prospective evidence to a finding of dangerousness. First, the pattern of violence that is proven through evidence of past conduct is future-oriented — it must show a “likelihood” of harmful recidivism “in the future”: see the language in s. 753(1)(a). As Neuberger put it, “[t]hrough a past pattern may be proved by the Crown, if there is no evidence that such a pattern will necessarily lead to a likelihood of re-offence, the dangerous offender application will fail”: J. A. Neuberger, *Assessing Dangerousness: Guide to the Dangerous Offender Application Process* (loose-leaf), at p. 4-27. A past pattern of violence is considered in the global assessment of an offender’s future behaviour, which, in turn, is considered by the court in determining whether the offender constitutes a “threat”.

[38] Reference to the other category of dangerousness based on sexual conduct, under s. 753(1)(b), reinforces the conclusion that s. 753(1)(a) mandates a prospective assessment. This category requires, in addition to evidence of a pattern of past conduct, an independent assessment of future risk:

The offender must be shown to have failed in the past “to control his or her sexual impulses” and, in the future, that there is “a likelihood of causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his or her sexual impulses”. [Emphasis added; citation omitted.]

(*Sipos*, at para. 20)

[39] Second, the *Criminal Code* requires that an assessment report be filed before a dangerous offender application can proceed: ss. 752.1 and 753(1). Usually, the assessment is conducted by a psychiatrist or psychologist: Neuberger, at p. 2-1. This report includes expert evidence on prospective aspects of dangerousness, such as risk factors, probabilities

[37] En fait, trois caractéristiques du régime de déclaration de délinquant dangereux démontrent l’importance de la preuve prospective pour tirer une conclusion de dangerosité. Premièrement, le comportement violent qui est établi au moyen d’une preuve de la conduite antérieure est prospectif — celui-ci doit démontrer qu’il y aura « vraisemblablement » récurrence préjudiciable à l’avenir (voir le texte de l’al. 753(1)a)). Comme l’a expliqué l’auteur Neuberger, [TRADUCTION] « [b]ien que la Couronne puisse établir l’existence d’un comportement antérieur similaire, s’il n’y a aucune preuve que ce comportement mènera nécessairement à un risque de récurrence, la demande de déclaration de délinquant dangereux sera rejetée » (J. A. Neuberger, *Assessing Dangerousness: Guide to the Dangerous Offender Application Process* (feuilles mobiles), p. 4-27). Les antécédents de violence sont pris en compte dans l’évaluation globale du comportement futur du délinquant, laquelle est ensuite prise en considération par le tribunal lorsqu’il décide si le délinquant constitue ou non un « danger ».

[38] Le renvoi à l’autre catégorie de dangerosité — fondée sur le comportement sexuel —, à l’al. 753(1)b), renforce la conclusion selon laquelle l’al. 753(1)a) commande une évaluation prospective. Cette catégorie requiert, en plus de la preuve d’un comportement antérieur similaire, une évaluation indépendante du risque futur :

Il faut que le délinquant ait démontré dans le passé son incapacité « à contrôler ses impulsions sexuelles » et qu’il « laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l’avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d’autres personnes ». [Je souligne; référence omise.]

(*Sipos*, par. 20)

[39] Deuxièmement, le *Code criminel* prescrit qu’un rapport d’évaluation doit être déposé avant qu’une demande de déclaration de délinquant dangereux puisse être entendue (art. 752.1 et par. 753(1)). Normalement, l’évaluation est effectuée par un psychiatre ou un psychologue (Neuberger, p. 2-1). Ce rapport contient une preuve d’expert sur les aspects

of recidivism, and treatment prospects: *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; see also *Lyons*, at pp. 364-65.

[40] Third, s. 757(a) provides that “evidence of character and repute may be admitted on the question of whether the offender is or is not a dangerous offender”. Such evidence, while grounded in past conduct, is future-oriented — it speaks to the likelihood of harmful recidivism and the intractability of the violent pattern of conduct. If a dangerousness finding could be made without any prospective assessment of risk, this type of reputational evidence would be irrelevant to the designation, since it tends to show the offender’s propensity for future bad acts. Indeed, it is not highly probative of past conduct, which is better proven by evidence of the prior bad acts themselves. Thus, by making evidence of character and repute relevant to the designation, this provision strongly suggests that a prospective assessment of future risk is part of the inquiry.

[41] Section 753(1) states that, once the judge is satisfied that the designation criteria are met, the judge “shall” designate the offender as dangerous. Recall that before the 2008 amendments, the legislation provided that, once these criteria were met, the judge “may” make the designation. Some interveners suggested that this amendment requires the judge to declare an offender dangerous as soon as the statutory criteria are met, even if the judge is not satisfied of his or her future dangerousness. This argument is based on the premise that the statutory criteria for designation are overbroad and might apply to non-dangerous offenders. However, as explained above, a prospective assessment of the future risk posed by an offender is embedded within the dangerous offender criteria. Thus, a judge “shall” designate an offender as dangerous only if he or she is satisfied beyond a reasonable doubt that the offender actually constitutes a future

prospectifs de la dangerosité, dont les facteurs de risque, les probabilités de récidive et les perspectives de traitement (*R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; voir aussi *Lyons*, p. 364-365).

[40] Troisièmement, l’al. 757a) prévoit qu’une « preuve concernant [l]a moralité ou [l]a réputation » du délinquant peut être admise « sur la question de savoir si le délinquant est ou non un délinquant dangereux ». Cette preuve, bien qu’elle repose sur un comportement passé, est prospective — elle porte sur la probabilité d’une récidive préjudiciable et l’irréductibilité du comportement violent. Si une conclusion de dangerosité pouvait être tirée sans une évaluation prospective des risques, ce type de preuve de réputation serait sans pertinence en matière de déclaration de délinquant dangereux, parce qu’elle tend à démontrer la propension du délinquant à commettre de futurs actes répréhensibles. En effet, elle n’a pas une très grande valeur probante pour l’établissement du comportement antérieur du délinquant, lequel est davantage prouvé par les actes répréhensibles antérieurs eux-mêmes. Par conséquent, en rendant la preuve relative à la moralité et à la réputation pertinente en matière de déclaration de délinquant dangereux, cette disposition tend fortement à indiquer que l’évaluation prospective du risque futur fait partie de l’analyse.

[41] Suivant le par. 753(1), le juge « doit » déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux lorsqu’il est convaincu que les conditions pour le faire sont rencontrées. Rappelons qu’avant les modifications de 2008, la loi prescrivait qu’une fois ces conditions rencontrées, le juge « peut » déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux. Certains intervenants ont affirmé que cette modification oblige le juge à déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux dès que les conditions statutaires sont rencontrées, même si le juge n’est pas convaincu de sa dangerosité future. Cet argument repose sur la prémisse selon laquelle les conditions statutaires applicables à la déclaration de délinquant dangereux ont une portée excessive et pourraient viser des délinquants non dangereux. Toutefois, comme je l’ai expliqué précédemment, l’évaluation prospective du risque futur que présente le délinquant est intégrée aux conditions applicables à la

threat to safety in light of all the relevant evidence. Once a judge finds an offender to be a “threat” after a prospective assessment of harmful recidivism and intractability, requiring a further exercise of discretion to determine whether the offender poses a future risk would be unnecessary and would contradict the very conclusion the judge has just reached.

(2) Evidence of Future Treatment Prospects Remains Relevant at Both Stages of the Statutory Scheme

[42] This brings us to the central issue in the instant case, namely whether a sentencing judge is entitled to consider evidence of future treatment prospects when deciding whether to designate an offender as opposed to when imposing a sentence. Though I recognize that the jurisprudence on this question has been divided, with some courts finding future treatment prospects to be irrelevant at the designation stage (*R. v. Carleton* (1981), 32 A.R. 181 (C.A.), at para. 13, aff’d [1983] 2 S.C.R. 58; *R. v. Sullivan* (1987), 20 O.A.C. 323, at para. 23; *R. v. Newman* (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 197 (C.A.), at para. 127; *R. v. Oliver* (1997), 114 C.C.C. (3d) 50 (Alta. C.A.), at p. 57), and some finding them to be a relevant consideration (*R. v. Neve*, 1999 ABCA 206, 137 C.C.C. (3d) 97, at para. 241), I cannot agree with the Court of Appeal that the criteria for designation “have never included the future treatability of the offender”: para. 53. An offender’s future treatment prospects are, and have always been, a relevant consideration at the designation stage.

[43] As the assessment of prospective risk described above is concerned with whether an offender will continue to be “a real and present danger”, being unable to surmount his or her violent

déclaration de délinquant dangereux. Par conséquent, un juge ne « doit » déclarer un délinquant dangereux que s’il est convaincu hors de tout doute raisonnable que celui-ci constitue bel et bien un danger futur pour la sécurité eu égard à tous les éléments de preuve pertinents. Lorsque le juge conclut qu’un délinquant constitue un « danger » après avoir procédé à une évaluation prospective portant sur le risque d’une récidive préjudiciable et l’irréductibilité, l’obliger à exercer de nouveau son pouvoir discrétionnaire pour déterminer si le délinquant constitue un risque futur ne servirait à rien et irait à l’encontre de la conclusion même qu’il vient de tirer.

(2) La preuve des perspectives de traitement futur demeure pertinente aux deux étapes du régime statutaire

[42] Ceci nous amène à la question au cœur du présent pourvoi, soit celle de savoir si le juge de la peine peut prendre en considération la preuve des perspectives de traitement futur lorsqu’il décide s’il y a lieu ou non de déclarer un délinquant dangereux, plutôt qu’au moment où il impose la peine. Bien que je reconnaisse que la jurisprudence sur ce point est divisée — certains tribunaux estimant que les perspectives de traitement futur ne sont pas pertinentes à l’étape de la déclaration (*R. c. Carleton* (1981), 32 A.R. 181 (C.A.), par. 13, conf. par [1983] 2 R.C.S. 58; *R. c. Sullivan* (1987), 20 O.A.C. 323, par. 23; *R. c. Newman* (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 197 (C.A.), par. 127; *R. c. Oliver* (1997), 114 C.C.C. (3d) 50 (C.A. Alb.), p. 57), et certains jugeant qu’il s’agit d’une considération pertinente (*R. c. Neve*, 1999 ABCA 206, 137 C.C.C. (3d) 97, par. 241) —, je ne puis convenir avec la Cour d’appel que les conditions applicables à la déclaration de délinquant dangereux [TRADUCTION] « n’ont jamais inclus la traitabilité future du délinquant » (par. 53). Les perspectives de traitement futur du délinquant sont, et ont toujours été, une considération pertinente à l’étape de la déclaration.

[43] Comme l’évaluation prospective des risques décrite ci-dessus porte sur la question de savoir si le délinquant continuera de constituer « un danger réel et actuel » parce qu’il est incapable de surmonter

conduct, the sentencing judge must consider all retrospective and prospective evidence relating to the continuing nature of this risk, including future treatment prospects. Furthermore, I am of the view that confining the consideration of treatability to the choice of penalty under s. 753(4.1) rests on a theoretical distinction between the designation stage and the penalty stage that is neither practical nor useful.

[44] Given that a dangerous offender application is typically conducted in one hearing, it would be artificial to distinguish evidence that should be considered to designate an offender as dangerous from evidence that should be considered to determine the appropriate sentence. All of the evidence adduced during a dangerous offender hearing must be considered at both stages of the sentencing judge's analysis, though for the purpose of making different findings related to different legal criteria. During the application hearing, the Crown or the accused must present any prospective evidence concerning risk, intractability, or treatment programs, including the required assessment report addressing prospective treatment options. Many aspects of clinical evaluations provide evidence going to both the assessment of the offender's future risk and the sentence necessary to manage this risk:

Clinical evaluations identifying the presence of enduring mental illnesses and their treatability, presence of deeply ingrained personality traits or personality disorders that are likely to persist with time, sexual deviations, and substance-use disorders all become relevant in understanding the meaning of repetitive behaviours, persistent aggressive behaviours, and their relationship to the predicate offence/offences. The presence of impulsivity, lack of empathy, and need for immediate gratification at the expense of others will assist the court in examining whether the risk assessment and management of risk factors are related to the statutory tests concerned. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(Neuberger, at p. 2-37)

son comportement violent, le juge de la peine doit prendre en considération tous les éléments de preuve rétrospectifs et prospectifs liés à la continuité de ce risque, y compris les perspectives de traitement futur. De plus, je suis d'avis que confiner la prise en considération de la traitabilité à l'étape du choix de la sanction prévue au par. 753(4.1) repose sur une distinction théorique entre l'étape de la déclaration et celle de la sanction, distinction qui n'est ni pratique ni utile.

[44] Étant donné que la présentation d'une demande visant à faire déclarer un délinquant dangereux se fait habituellement en une seule audience, il serait artificiel de distinguer la preuve à prendre en considération pour déclarer un délinquant dangereux et celle dont il faut tenir compte pour déterminer la peine appropriée. Tous les éléments de preuve produits lors d'une audience quant au statut de délinquant dangereux doivent être pris en considération aux deux étapes de l'analyse qu'effectue le juge de la peine, bien que pour tirer des conclusions différentes se rapportant à des conditions statutaires différentes. Lors de l'audience sur la demande, la Couronne ou l'accusé doit présenter toute preuve prospective relative au risque, à l'irréductibilité ou aux programmes de traitement, y compris le rapport d'évaluation requis faisant état des options de traitement futur. De nombreux aspects des évaluations cliniques offrent une preuve concernant à la fois l'évaluation du risque futur que présente le délinquant et la peine à imposer pour gérer ce risque :

[TRADUCTION] Les évaluations cliniques indiquant la présence de maladies mentales persistantes et leur traitabilité, la présence de traits de personnalité profondément enracinés ou de troubles de personnalité susceptibles de persister avec le temps, de déviations sexuelles et de troubles de consommation de substances deviennent toutes pertinentes lorsqu'il s'agit de comprendre le sens de comportements répétitifs et de comportements agressifs persistants, et leur relation avec la ou les infractions sous-jacentes. La présence d'une impulsivité, d'un manque d'empathie et d'un besoin d'assouvir immédiatement ses désirs aux dépens d'autrui aidera le tribunal dans l'examen de la question de savoir si l'évaluation du risque et la gestion des facteurs de risque sont liées aux critères légaux en cause. [Je souligne; notes en bas de page omises.]

(Neuberger, p. 2-37)

[45] The same prospective evidence of treatability plays a different role at the different stages of the judge's decision-making process. At the designation stage, treatability informs the decision on the threat posed by an offender, whereas at the penalty stage, it helps determine the appropriate sentence to manage this threat. Thus, offenders will not be designated as dangerous if their treatment prospects are so compelling that the sentencing judge cannot conclude beyond a reasonable doubt that they present a high likelihood of harmful recidivism or that their violent pattern is intractable: see Neuberger, at p. 7-1, by M. Henschel. However, even where the treatment prospects are not compelling enough to affect the judge's conclusion on dangerousness, they will still be relevant in choosing the sentence required to adequately protect the public.

### (3) Conclusion

[46] In sum, a finding of dangerousness has always required that the Crown demonstrate, beyond a reasonable doubt, a high likelihood of harmful recidivism and the intractability of the violent pattern of conduct. A prospective assessment of dangerousness ensures that only offenders who pose a tremendous future risk are designated as dangerous and face the possibility of being sentenced to an indeterminate detention. This necessarily involves the consideration of future treatment prospects. Had the prospective aspects of the dangerousness criteria been removed by the 2008 amendments, the constitutionality of the provision might have required a deeper analysis. But that is not the case. The sentencing judge erred in concluding otherwise. Accordingly, this Court need not revisit its decision in *Lyons* as to the constitutionality of s. 753(1).

[47] A final point must be addressed. The 2008 amendments also introduced s. 753.01. The sentencing judge found that this provision made the s. 753(1) designation permanent and imposed new

[45] La même preuve prospective de traitabilité joue un rôle différent aux différentes étapes du processus décisionnel du juge. À l'étape de la déclaration, la traitabilité guide la décision sur le danger que constitue un délinquant, alors qu'à l'étape de la sanction, elle aide à déterminer la peine appropriée pour permettre de gérer ce danger. En conséquence, un délinquant ne sera pas déclaré dangereux si ses perspectives de traitement sont à ce point convaincantes que le juge de la peine ne peut conclure hors de tout doute raisonnable qu'il présente un risque élevé de récidive préjudiciable ou que son comportement violent est irréductible (voir Neuberger, p. 7-1, par M. Henschel). Cependant, même si elles ne sont pas suffisamment convaincantes pour influencer sur la conclusion du juge relative à la dangerosité, les perspectives de traitement seront quand même pertinentes dans la détermination de la peine qui doit être imposée pour protéger de façon suffisante le public.

### (3) Conclusion

[46] En résumé, pour obtenir une conclusion de dangerosité, la Couronne a toujours été tenue de démontrer, hors de tout doute raisonnable, un risque élevé de récidive préjudiciable et l'irréductibilité du comportement violent. Une évaluation prospective de la dangerosité fait en sorte que seuls les délinquants qui présentent un risque futur considérable sont déclarés dangereux et risquent de se voir infliger une peine de détention pour une période indéterminée. Cela implique nécessairement la prise en considération des perspectives de traitement futur. Si les modifications de 2008 avaient éliminé les aspects prospectifs des conditions de la dangerosité, la constitutionnalité de la disposition aurait pu nécessiter une analyse plus approfondie. Or ce n'est pas le cas. Le juge de la peine a erré en concluant différemment. En conséquence, la Cour n'a pas besoin de revoir la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Lyons* en ce qui a trait à la constitutionnalité du par. 753(1).

[47] Un dernier point doit être abordé. Les modifications de 2008 ont également entraîné l'adoption de l'art. 753.01. Le juge de la peine a conclu que cette disposition rendait la déclaration de délinquant



consequences on the offender. The dangerous offender regime, however, has had permanent effect since *Lyons*: p. 342. The change has to do with the potential consequences of that designation as a result of s. 753.01. That being said, the constitutionality of those consequences is not at stake in this case. Mr. Boutilier was not sentenced to an indeterminate detention on the basis of s. 753.01, but rather after a regular application for a dangerous offender designation pursuant to s. 753. It would be imprudent for this Court to rule on the constitutionality of s. 753.01 without a concrete example of its real effects. It is therefore unnecessary to consider the constitutional validity of the interaction between s. 753(1) and s. 753.01, a provision applying to later convictions of dangerous offenders.

B. *Does Section 753(4.1) Lead to a Grossly Disproportionate Sentence, Contrary to Section 12 of the Charter, by Presumptively Imposing Indeterminate Detention and Preventing the Sentencing Judge From Imposing a Fit Sentence Consistent With the Principles and Objectives of Sentencing?*

[48] The current s. 753(4.1) was introduced in 2008. This Court has not yet considered its constitutionality. It reads as follows:

(4.1) The court shall impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period unless it is satisfied by the evidence adduced during the hearing of the application that there is a reasonable expectation that a lesser measure under paragraph (4)(b) or (c) will adequately protect the public against the commission by the offender of murder or a serious personal injury offence.

[49] Mr. Boutilier contends that s. 753(4.1) infringes s. 12 of the *Charter*.

[50] McLachlin C.J. recently summarized the framework applicable to a claim of cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter*:

dangereux visée au par. 753(1) permanente et imposait de nouvelles conséquences au délinquant. Cependant, le régime des délinquants dangereux a un effet permanent depuis l'arrêt *Lyons* (p. 342). Le changement porte sur les conséquences éventuelles de cette déclaration eu égard à l'art. 753.01. Cela dit, la constitutionnalité de ces conséquences n'est pas en cause en l'espèce. M. Boutilier a été condamné à une peine de détention pour une période indéterminée non pas sur le fondement de l'art. 753.01, mais plutôt à l'issue d'une demande régulière de déclaration de délinquant dangereux en vertu de l'art. 753. Il serait imprudent pour la Cour de statuer sur la constitutionnalité de l'art. 753.01 sans exemple concret de ses effets réels. Il est donc inutile d'examiner la constitutionnalité de l'interaction entre le par. 753(1) et l'art. 753.01, une disposition qui s'applique aux déclarations de culpabilité ultérieures prononcées contre des délinquants dangereux.

B. *Le paragraphe 753(4.1) a-t-il pour effet d'entraîner une peine exagérément disproportionnée, en contravention avec l'art. 12 de la Charte, en imposant par présomption une peine de détention pour une période indéterminée et en empêchant le juge de la peine d'infliger une peine juste conforme aux principes et aux objectifs de la détermination de la peine?*

[48] Le paragraphe 753(4.1) actuel a été adopté en 2008. Notre Cour ne s'est pas encore penchée sur sa constitutionnalité. Il est rédigé ainsi :

(4.1) Le tribunal inflige une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée sauf s'il est convaincu, sur le fondement des éléments mis en preuve lors de l'audition de la demande, que l'on peut vraisemblablement s'attendre à ce que le fait d'infliger une mesure moins sévère en vertu des alinéas (4)b) ou c) protège de façon suffisante le public contre la perpétration par le délinquant d'un meurtre ou d'une infraction qui constitue des sévices graves à la personne.

[49] M. Boutilier soutient que le par. 753(4.1) contrevient à l'art. 12 de la *Charte*.

[50] La juge en chef McLachlin a récemment résumé le cadre applicable à une allégation de peine cruelle et inusitée fondée sur l'art. 12 de la *Charte* :

A sentence will infringe s. 12 if it is “grossly disproportionate” to the punishment that is appropriate, having regard to the nature of the offence and the circumstances of the offender: [*R. v. Nur* [2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773], at para. 39; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1073. A law will violate s. 12 if it imposes a grossly disproportionate sentence on the individual before the court, or if the law’s reasonably foreseeable applications will impose grossly disproportionate sentences on others: *Nur*, at para. 77.

(*R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 22)

[51] Mr. Boutilier argues that the reasonably foreseeable applications of s. 753(4.1) lead to grossly disproportionate sentences because the provision presumptively imposes indeterminate detention on designated offenders each time there are public safety concerns, even when such a sentence would be unfit in a specific case. This argument rests on two premises. First, Mr. Boutilier argues that s. 753(4.1) is properly read as impeding the discretion of a sentencing judge to impose a fit sentence in light of all relevant factors and circumstances and the principles and objectives of sentencing. Second, he says that s. 753(4.1) imposes a *presumption* of indeterminate detention for designated offenders.

[52] Having carefully read my colleague’s reasons, I cannot, for the reasons outlined below, agree that s. 753(4.1) imposes indeterminate detention in cases where it is grossly disproportionate to the sentence mandated by sentencing principles. The sentencing principles and objectives set out in the *Criminal Code*, including the fundamental principle of proportionality in s. 718.1, do not have constitutional status and may be limited by Parliament where necessary to achieve a valid penal purpose, so long as a sentencing judge is not required to impose a sentence that is “grossly disproportionate” to the sentence normally mandated by ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code*: *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016

Une peine contrevient à l’art. 12 lorsqu’elle est « exagérément disproportionnée » à la peine qui convient, eu égard à la nature de l’infraction et à la situation du délinquant ([*R. c. Nur* [2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773], par. 39; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1073). Une règle de droit porte atteinte à l’art. 12 lorsqu’elle a pour effet d’infliger à l’accusé une peine exagérément disproportionnée ou que ses applications raisonnablement prévisibles infligeront à d’autres personnes des peines exagérément disproportionnées (*Nur*, par. 77).

(*R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 22)

[51] M. Boutilier fait valoir que les applications raisonnablement prévisibles du par. 753(4.1) ont pour effet d’entraîner des peines exagérément disproportionnées parce que la disposition impose par présomption une peine de détention pour une période indéterminée aux délinquants déclarés dangereux chaque fois qu’il existe des préoccupations relatives à la sécurité du public, et ce, même lorsqu’une telle peine ne serait pas une peine juste dans un cas donné. Cet argument repose sur deux prémisses. D’une part, M. Boutilier soutient qu’interprété adéquatement, le par. 753(4.1) est une disposition qui limite le pouvoir discrétionnaire du juge de la peine d’imposer une peine juste à la lumière de tous les facteurs et circonstances applicables, et des principes et objectifs de la détermination de la peine. D’autre part, il affirme que le par. 753(4.1) impose une *présomption* de détention pour une période indéterminée à l’égard des délinquants déclarés dangereux.

[52] Après avoir lu attentivement les motifs de ma collègue, je ne peux, pour les motifs énoncés ci-dessous, convenir que le par. 753(4.1) impose la détention pour une période indéterminée lorsqu’une telle peine est exagérément disproportionnée à celle prescrite par les principes de détermination de la peine. Les principes et les objectifs de détermination de la peine énoncés au *Code criminel*, y compris le principe fondamental de la proportionnalité inscrit à l’art. 718.1, ne bénéficient pas de la protection constitutionnelle, et ils peuvent être restreints, au besoin, par le législateur pour atteindre un objectif pénal régulier, tant que le juge de la peine n’est pas tenu d’imposer une peine « exagérément

SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180, at para. 71; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at paras. 40-42. In *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, this Court referred to three factors that are useful in determining whether punishment is “grossly disproportionate” to what would have been appropriate: “. . . whether the punishment is necessary to achieve a valid penal purpose, whether it is founded on recognized sentencing principles, and whether there exist valid alternatives to the punishment impose . . .” (p. 1074). Considering the provision’s heightened preventive purpose, recognized by s. 718(c), as well as the sentencing judge’s duty to carefully inquire into the appropriateness of alternatives to indeterminate detention in light of the full range of sentencing principles, I cannot conclude that s. 753(4.1) imposes punishment that is “grossly disproportionate” to the extent that Canadians would find it abhorrent or intolerable.

(1) The Sentencing Judge’s Discretion to Impose a Fit Sentence Under Section 753(4.1)

[53] This Court has consistently affirmed that dangerous offender proceedings are sentencing proceedings: *R. v. Steele*, 2014 SCC 61, [2014] 3 S.C.R. 138, at para. 40; *Jones*, at pp. 279-80 and 294-95; *Lyons*, at p. 350. Accordingly, a sentencing judge in a dangerous offender proceeding must apply the sentencing principles and mandatory guidelines outlined in ss. 718 to 718.2: *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357, at para. 23; Neuberger, at p. 3-4. These sections of the *Criminal Code* set out the purpose and objectives of sentencing (s. 718), the fundamental principle of proportionality (s. 718.1) — “the *sine qua non* of a just sanction” (*R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 37) — and the other sentencing principles that a court “shall” consider before imposing any sentence on an offender (s. 718.2). An error in the application of these

disproportionnée » à celle normalement prescrite par les art. 718 à 718.2 du *Code criminel* (*R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180, par. 71; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 40-42). Dans *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, la Cour a mentionné trois facteurs qui sont utiles au moment de décider si la peine est « exagérément disproportionnée » à ce qui aurait été approprié : « . . . les questions de savoir si la peine est nécessaire pour atteindre un objectif pénal régulier, si elle est fondée sur des principes reconnus en matière de détermination de la peine et s’il existe des solutions de rechange valables à la peine imposée . . . » (p. 1074). Compte tenu de l’objectif préventif élevé de la disposition, reconnu à l’al. 718c), ainsi que de l’obligation du juge de la peine de se pencher attentivement sur le caractère approprié des solutions de rechange à la détention pour une durée indéterminée eu égard à la gamme complète des principes de détermination de la peine, je ne peux conclure que l’art. 753(4.1) impose une peine « exagérément disproportionnée » au point où les Canadiens et les Canadiennes considéreraient celle-ci comme odieuse ou intolérable.

(1) Le pouvoir discrétionnaire du juge de la peine d’infliger une peine juste en vertu du par. 753(4.1)

[53] Notre Cour a constamment affirmé que les procédures relatives au statut de délinquant dangereux sont des procédures de détermination de la peine (*R. c. Steele*, 2014 CSC 61, [2014] 3 R.C.S. 138, par. 40; *Jones*, p. 279-280 et 294-295; *Lyons*, p. 350). Dans une procédure relative au statut de délinquant dangereux, le juge de la peine doit donc appliquer les principes de détermination de la peine et les directives obligatoires prévues aux art. 718 à 718.2 (*R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357, par. 23; Neuberger, p. 3-4). Ces dispositions du *Code criminel* énoncent le but et les objectifs de la détermination de la peine (art. 718), le principe fondamental de la proportionnalité (art. 718.1) — « la condition *sine qua non* d’une sanction juste » (*R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 37) — et les principes de détermination de la peine

principles is reviewable by an appellate court: *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089.

[54] Mr. Boutilier’s position that, under the dangerous offender scheme, a sentencing judge lacks discretion to impose an appropriate sentence in light of the principles and objectives of sentencing has no support in the jurisprudence. Appellate courts have continued to apply these principles under s. 753 since the 2008 amendments: *R. v. Warawa*, 2011 ABCA 294, 278 C.C.C. (3d) 409, at para. 40; *R. v. Osborne*, 2014 MBCA 73, 314 C.C.C. (3d) 57, at paras. 90-91; *R. v. Bragg*, 2015 BCCA 498, 332 C.C.C. (3d) 145, at para. 26; *R. v. Smarch*, 2015 YKCA 13, 374 B.C.A.C. 291, at paras. 46-47. These sentencing principles apply to every sentencing decision, whether made under the regular sentencing regime, the dangerous offender regime or the long-term offender regime. One example is provided by *Ipeelee*, in which Manasie Ipeelee and Frank Ralph Ladue were sentenced under the long-term offender regime. Nevertheless, this Court reviewed the fitness of their sentence according to sentencing principles, and more specifically the principle in s. 718.2(e) requiring judges to pay attention to the circumstances of Aboriginal offenders in sentencing proceedings: see *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688.

[55] Mr. Boutilier’s contention is also not supported by the principles underlying indeterminate detention. This exceptional sentence is not an exception to the principles of sentencing, but rather a sentence mandated by their proper application. As La Forest J. explained in *Lyons*, preventive detention “represents a judgment that the relative importance of the objectives of rehabilitation, deterrence and retribution are greatly attenuated in the circumstances of the individual case, and that of prevention, correspondingly increased”: p. 329. To conclude that

qu’un tribunal doit prendre en considération avant d’imposer une peine, quelle qu’elle soit, à un délinquant (art. 718.2). Une erreur dans l’application de ces principes est susceptible de révision par un tribunal d’appel (*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089).

[54] La prétention de M. Boutilier selon laquelle, dans le cadre du régime des délinquants dangereux, le juge de la peine n’a pas le pouvoir discrétionnaire d’imposer une peine appropriée à la lumière des principes et des objectifs de la détermination de la peine ne trouve aucun appui dans la jurisprudence. Depuis les modifications de 2008, les tribunaux d’appel ont continué à appliquer ces principes sous le régime de l’art. 753 (*R. c. Warawa*, 2011 ABCA 294, 278 C.C.C. (3d) 409, par. 40; *R. c. Osborne*, 2014 MBCA 73, 314 C.C.C. (3d) 57, par. 90-91; *R. c. Bragg*, 2015 BCCA 498, 332 C.C.C. (3d) 145, par. 26; *R. c. Smarch*, 2015 YKCA 13, 374 B.C.A.C. 291, par. 46-47). Ces principes de détermination de la peine s’appliquent à toute décision relative à la peine, qu’elle soit prise en vertu du régime ordinaire de détermination de la peine, du régime des délinquants dangereux ou de celui des délinquants à contrôler. L’affaire *Ipeelee* en est un exemple. Dans ce dossier, Manasie Ipeelee et Frank Ralph Ladue ont été condamnés à une peine sous le régime des délinquants à contrôler. Notre Cour a néanmoins examiné la justesse de leur peine en fonction des principes de détermination de la peine, et plus précisément du principe énoncé à l’al. 718.2e), qui oblige les juges à porter attention aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones dans les procédures de détermination de la peine (voir *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688).

[55] La prétention de M. Boutilier n’est pas non plus appuyée par les principes qui sous-tendent la détention pour une période indéterminée. Cette peine exceptionnelle ne constitue pas une exception aux principes de détermination de la peine, mais plutôt une peine que commande la bonne application de ces principes. Comme l’a expliqué le juge La Forest dans l’arrêt *Lyons*, la détention préventive « représente [. . .] un jugement que l’importance relative des objectifs de réinsertion sociale, de dissuasion et de châtement peut diminuer sensiblement

the objectives of rehabilitation and retribution are trumped by that of prevention in a given case, the sentencing judge must assess the relative importance of the sentencing objectives in that particular case.

[56] Mr. Boutilier contends that, by referring solely to the objective of public protection, the wording of s. 753(4.1) excludes other sentencing objectives and principles from the sentencing judge's discretion. In my view, a fair reading of s. 753(4.1) does not result in the exclusion of these principles. Parliament is entitled to decide that protection of the public is an enhanced sentencing objective for individuals who have been designated as dangerous. This does not mean that this objective operates to the exclusion of all others. It is permissible for Parliament to guide the courts to emphasize certain sentencing principles in certain circumstances without curtailing their ability to look at the whole picture. Emphasis on the public safety component is consistent with the fact that public protection is the general purpose of Part XXIV of the *Code: Steele*, at para. 27. Further, because the enhanced objective of public safety parallels the justification for imposing an indeterminate detention, such emphasis is also consistent with the principles of sentencing generally.

[57] It follows that, if the goal of public protection could be achieved in a given case without imposing indeterminate detention, a dangerous offender provision requiring a sentencing judge to declare an offender dangerous and then sentence him or her to an indeterminate period of detention would “overshoot the public protection purpose of the dangerous offender regime”: *Johnson*, at para. 20. This accords with the principle in s. 718.2(d) that “an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances”. Even though the current sentencing mechanism for dangerous offenders differs from the one in place

dans un cas particulier et celle de la prévention s'accroître proportionnellement » (p. 329). Pour conclure que les objectifs de réinsertion sociale et de châtement sont supplantés par les objectifs de la prévention dans un cas donné, le juge de la peine doit évaluer l'importance relative des objectifs de la détermination de la peine dans ce cas en particulier.

[56] M. Boutilier soutient qu'en mentionnant uniquement l'objectif de la protection du public, le texte du par. 753(4.1) exclut les autres objectifs et principes de détermination de la peine de la portée du pouvoir discrétionnaire du juge de la peine. À mon avis, une interprétation raisonnable du par. 753(4.1) n'entraîne pas l'exclusion de ces principes. Le législateur a le droit de décider que la protection du public constitue un objectif accru de détermination de la peine pour les personnes qui sont déclarées dangereuses. Cela ne signifie pas que cet objectif opère à l'exclusion de tous les autres. Le législateur peut guider les tribunaux de manière à ce que ceux-ci mettent l'accent sur certains principes de détermination de la peine dans certaines circonstances, sans restreindre la capacité de ceux-ci de prendre en considération la situation dans son ensemble. L'emphase sur la sécurité du public est compatible avec le fait que la partie XXIV du *Code* vise généralement la protection du public (*Steele*, par. 27). En outre, elle est aussi compatible avec les principes de détermination de la peine de manière générale, puisque l'objectif accru de la sécurité du public se rapproche de la raison qui justifie l'imposition d'une peine de détention pour une période indéterminée.

[57] Il s'ensuit que, si l'on pouvait réaliser l'objectif de la protection du public dans un cas donné sans imposer une peine de détention pour une période indéterminée, une disposition relative aux délinquants dangereux qui oblige le juge de la peine à déclarer qu'un délinquant est dangereux et à ensuite lui imposer une peine de détention pour une période indéterminée irait « au-delà de l'objectif de la protection du public, qui sous-tend le régime applicable aux délinquants dangereux » (*Johnson*, par. 20). Ceci est conforme au principe énoncé à l'al. 718.2d), à savoir « l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité

when *Johnson* was decided, the Court's reasoning in *Johnson* is still applicable. Let me explain.

[58] Since the 2008 amendments, indeterminate detention is no longer automatic for a dangerous offender. Rather, this sentence is only one option among others available under s. 753(4). In lieu of an indeterminate detention, a judge may impose a sentence that is more proportionate to the predicate offence for which the offender is being sentenced, whether it is imprisonment for a minimum of two years followed by long-term supervision — which amounts to a long-term offender sentence — or a sentence under the regular sentencing regime. The sentencing alternatives listed in s. 753(4) therefore encompass the entire spectrum of sentences contemplated by the *Criminal Code*.

[59] When *Johnson* was decided, indeterminate detention was the only sentence available for dangerous offenders under s. 753. Nonetheless, this Court did not interpret this provision as requiring indeterminate detention for every designated offender. It refused to do so because this would have been “in direct conflict with the underlying principle that the sentence must be appropriate in the circumstances of the individual case”: *Johnson*, at para. 24.

[60] Section 753(4) and (4.1) should therefore be read as a codification of *Johnson*: the first subsection lists the alternatives available to a sentencing judge, while the second codifies the exercise of the sentencing judge's discretion required by *Johnson*. In order to properly exercise his or her discretion under s. 753(4), the sentencing judge must impose the least intrusive sentence required to achieve the primary purpose of the scheme.

de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient ». Bien que le régime actuel de détermination de la peine pour les délinquants dangereux diffère de celui qui était en place lorsque l'arrêt *Johnson* a été rendu, le raisonnement de la Cour dans cet arrêt continue de s'appliquer. Je m'explique.

[58] Depuis les modifications de 2008, la peine de détention pour une période indéterminée n'est plus imposée automatiquement au délinquant dangereux. Cette peine est plutôt une option parmi d'autres options offertes au par. 753(4). Au lieu d'une peine de détention pour une période indéterminée, le juge peut imposer une peine qui est davantage proportionnée à l'infraction sous-jacente pour laquelle le délinquant se voit infliger une peine, qu'il s'agisse d'une peine minimale d'emprisonnement de deux ans suivie d'une surveillance de longue durée — ce qui équivaut à une peine de délinquant à contrôler — ou d'une peine suivant le régime ordinaire de détermination de la peine. Les différentes options en matière de détermination de la peine énoncées au par. 753(4) englobent donc l'éventail complet des peines envisagées par le *Code criminel*.

[59] Lorsque l'arrêt *Johnson* a été rendu, la détention pour une période indéterminée était la seule peine qui pouvait être imposée aux délinquants dangereux en vertu de l'art. 753. Néanmoins, la Cour n'a pas considéré que cette disposition commandait l'imposition d'une peine de détention pour une durée indéterminée à tous les délinquants déclarés dangereux. Elle a refusé de le faire parce que cela eût été « directement à l'encontre du principe sous-jacent que la peine doit être appropriée aux circonstances de l'espèce » (*Johnson*, par. 24).

[60] Les paragraphes 753(4) et (4.1) devraient donc être considérés comme une codification de l'arrêt *Johnson* : le premier paragraphe énumère les différentes options qui s'offrent au juge de la peine, alors que le second codifie l'exercice par le juge de la peine du pouvoir discrétionnaire exigé dans cet arrêt. Pour exercer comme il se doit le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le par. 753(4), le juge de la peine doit imposer la peine la moins contraignante possible pour réaliser l'objet principal du régime.

[61] Against this backdrop, it would strain credibility to suggest that the principles enumerated in ss. 718 to 718.2 are irrelevant to the exercise of the sentencing judge's newly codified discretion in s. 753(4) and (4.1) when they were relevant even under the former scheme, which imposed automatic indeterminate detention for every dangerous offender. The 2008 amendments replaced mandatory indeterminate detention with a codification of the principle that a sentencing judge must impose a sentence that is tailored to the specific offender and consistent with the principles of sentencing. When considered in its historical context, the current s. 753(4.1) confers a discretion to apply general sentencing principles more explicitly than the former scheme did. It does so for the benefit of the offender, who cannot complain of a discretion that can only operate to his or her benefit: see *Lyons*, at pp. 348-49.

[62] Further, nothing in the wording of s. 753(4.1) removes the obligation incumbent on a sentencing judge to consider all sentencing principles in order to choose a sentence that is fit for a specific offender.

[63] For all these reasons, an offender's moral culpability, the seriousness of the offence, mitigating factors, and principles developed for Indigenous offenders are each part of the sentencing process under the dangerous offender scheme. Each of these considerations is relevant to deciding whether or not a lesser sentence would sufficiently protect the public. Mr. Boutilier's suggestion to the contrary has been repeatedly rejected by this Court in relation to any of the *Criminal Code's* sentencing regimes and, in effect, seeks to read a prohibition into s. 753(4.1) where none exists.

[61] Dans ce contexte, il serait peu crédible d'affirmer que les principes énoncés aux art. 718 à 718.2 ne sont pas pertinents pour l'exercice par le juge de la peine du pouvoir discrétionnaire nouvellement codifié aux par. 753(4) et (4.1), alors que ceux-ci étaient pertinents même sous l'ancien régime, qui prévoyait qu'une peine de détention pour une période indéterminée devait être imposée automatiquement à chaque délinquant dangereux. Les modifications de 2008 ont remplacé la peine obligatoire de détention pour une période indéterminée par une codification du principe selon lequel le juge de la peine doit imposer une peine adaptée à la situation du délinquant en cause et compatible avec les principes de détermination de la peine. Considéré dans son contexte historique, le par. 753(4.1) actuel confère un pouvoir discrétionnaire d'appliquer les principes généraux de détermination de la peine de manière plus explicite que ne le faisait le régime antérieur. Il le fait au profit du délinquant, lequel ne peut se plaindre d'un pouvoir discrétionnaire qui ne peut jouer qu'en sa propre faveur (voir *Lyons*, p. 348-349).

[62] En outre, rien dans le texte du par. 753(4.1) n'élimine l'obligation incombant au juge de la peine de prendre en considération tous les principes de détermination de la peine afin de choisir une peine qui est juste dans le cas du délinquant en cause.

[63] Pour tous ces motifs, la culpabilité morale du délinquant, la gravité de l'infraction, les facteurs atténuants et les principes établis pour les délinquants autochtones font chacun partie du processus de détermination de la peine dans le cadre du régime des délinquants dangereux. Chacune de ces considérations est pertinente lorsqu'il s'agit de décider si une peine moins sévère protégerait de façon suffisante le public. La prétention de M. Boutilier à l'effet contraire a été rejetée à maintes reprises par la Cour relativement à tout régime de détermination de la peine du *Code criminel*, et vise, dans les faits, à lire au par. 753(4.1) une interdiction, alors qu'il n'en existe aucune.

(2) The Question of the Presumption of an Indeterminate Period of Detention Under Section 753(4.1)

[64] Section 753(4.1) states that a judge “shall” impose an indeterminate sentence unless he or she is satisfied on the evidence “that there is a reasonable expectation that a lesser measure . . . will adequately protect the public against the commission by the offender of murder or a serious personal injury offence”. Mr. Boutilier contends that this provision enacts a presumption that an indeterminate sentence is a fit sentence for a dangerous offender and imposes a burden on the offender to adduce evidence to demonstrate “a reasonable expectation” that a lesser measure will adequately protect the public. He also argues that this burden extends beyond the one envisioned by this Court in *Johnson*. Again, I disagree.

[65] Section 753(4.1) guides the discretion of the judge, who ultimately must determine the fittest sentence in a given case based on the evidence adduced during the sentencing hearing. This Court in *Johnson* stated that the “sentencing judge should declare the offender dangerous and impose an indeterminate period of detention if, and only if, an indeterminate sentence is the least restrictive means by which to reduce the public threat posed by the offender to an acceptable level”: para. 44. Again, s. 753(4.1) is simply a codification of the exercise of discretion required by *Johnson* in light of the regime’s general purpose of public protection in dealing with offenders presenting a very high likelihood of harmful recidivism.

[66] This interpretation of s. 753(4.1) is consistent with s. 718.3:

(2) La question de la présomption de détention pour une période indéterminée au par. 753(4.1)

[64] Le paragraphe 753(4.1) prévoit que le juge « inflige » une peine de détention pour une période indéterminée sauf s’il est convaincu, au vu de la preuve, « que l’on peut vraisemblablement s’attendre à ce que le fait d’infliger une mesure moins sévère [. . .] protège de façon suffisante le public contre la perpétration par le délinquant d’un meurtre ou d’une infraction qui constitue des sévices graves à la personne ». M. Boutilier soutient que cette disposition édicte une présomption selon laquelle une peine de détention pour une période indéterminée constitue une peine juste dans le cas d’un délinquant dangereux et qu’elle impose au délinquant le fardeau d’administrer des éléments de preuve visant à démontrer que l’on peut « vraisemblablement s’attendre » à ce que le fait d’imposer une mesure moins sévère protège de façon suffisante le public. Il soutient également que ce fardeau va au-delà de celui qui est envisagé par la Cour dans *Johnson*. Encore une fois, je ne suis pas d’accord.

[65] Le paragraphe 753(4.1) guide le juge dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, celui-ci devant ultimement déterminer la peine qui est la plus juste dans un cas donné eu égard aux éléments mis en preuve au cours de l’audience sur la détermination de la peine. Dans l’arrêt *Johnson*, la Cour a déclaré que le « tribunal ne doit déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux et le condamner à une peine de détention d’une durée indéterminée que s’il s’agit du moyen le moins contraignant d’abaisser à un niveau acceptable le danger que constitue le délinquant pour le public » (par. 44). Rappelons que le par. 753(4.1) est simplement une codification de l’exercice du pouvoir discrétionnaire exigé dans *Johnson* à la lumière de l’objectif général de protection du public que poursuit le régime à l’égard des délinquants qui présentent un risque très élevé de récidive préjudiciable.

[66] Cette interprétation du par. 753(4.1) est conforme à l’art. 718.3 :



**718.3 (1)** Where an enactment prescribes different degrees or kinds of punishment in respect of an offence, the punishment to be imposed is, subject to the limitations prescribed in the enactment, in the discretion of the court that convicts a person who commits the offence.

(2) Where an enactment prescribes a punishment in respect of an offence, the punishment to be imposed is, subject to the limitations prescribed in the enactment, in the discretion of the court that convicts a person who commits the offence, but no punishment is a minimum punishment unless it is declared to be a minimum punishment.

[67] It is also consistent with this Court’s interpretation of s. 742.1 — a provision requiring judges to be “satisfied that the service of the sentence in the community would not endanger the safety of the community” before imposing a conditional sentence. As Lamer C.J. explained:

The wording used in s. 742.1 does not attribute to either party the onus of establishing that the offender should or should not receive a conditional sentence. To inform his or her decision about the appropriate sentence, the judge can take into consideration all the evidence, no matter who adduces it ([R. v.] *Ursel* [(1997), 96 B.C.A.C. 241], at pp. 264-65 and 287).

In matters of sentencing, while each party is expected to establish elements in support of its position as to the appropriate sentence that should be imposed, the ultimate decision as to what constitutes the best disposition is left to the discretion of the sentencing judge. [Emphasis added.]

(*R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at paras. 120-21)

[68] Under s. 753(4.1), the sentencing judge is under the obligation to conduct a “thorough inquiry” into the possibility of control in the community: *Johnson*, at para. 50. The judge considers all the evidence presented during the hearing in order to determine the fittest sentence for the offender:

The judge should . . . take into account all the evidence available before making a determination, which will inevitably require a thorough investigation. Once such an

**718.3 (1)** Lorsqu’une disposition prescrit différents degrés ou genres de peine à l’égard d’une infraction, la punition à infliger est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, à la discrétion du tribunal qui condamne l’auteur de l’infraction.

(2) Lorsqu’une disposition prescrit une peine à l’égard d’une infraction, la peine à infliger est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, laissée à l’appréciation du tribunal qui condamne l’auteur de l’infraction, mais nulle peine n’est une peine minimale à moins qu’elle ne soit déclarée telle.

[67] Elle est conforme également à l’interprétation donnée par la Cour à l’art. 742.1 — une disposition obligeant le juge à être « convaincu que la mesure [purger la peine dans la collectivité] ne met pas en danger la sécurité de la collectivité » avant de pouvoir octroyer le sursis à l’emprisonnement. Comme l’a expliqué le juge en chef Lamer :

Le texte de l’art. 742.1 n’impose à aucune des parties la charge de prouver qu’il y a lieu ou non d’octroyer au délinquant le sursis à l’emprisonnement. Pour décider de la peine appropriée, le juge peut prendre en considération tous les éléments de preuve, peu importe qui les a produits ([R. c.] *Ursel* [(1997), 96 B.C.A.C. 241], p. 264-265 et 287).

En matière de détermination de la peine, quoique l’on attende de chaque partie qu’elle produise des éléments au soutien de sa position en ce qui concerne la peine appropriée, la décision finale quant à ce qui constitue la meilleure peine est laissée à l’appréciation du juge. [Je souligne.]

(*R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 120-121)

[68] Suivant le par. 753(4.1), le juge de la peine est tenu de procéder à un « examen approfondi » de la possibilité de contrôle au sein de la collectivité (*Johnson*, par. 50). Il prend en considération l’ensemble de la preuve lui ayant été présentée à l’audience de manière à déterminer la peine qui est la plus juste dans le cas du délinquant :

[TRADUCTION] Le juge devrait [. . .] prendre en considération l’ensemble de la preuve avant de prendre une décision, ce qui nécessitera inévitablement un examen

investigation has been conducted, it will be up to the judge to determine the sentence; there is no obligation on any of the parties to prove on any standard the adequate sentence one way or another.

(Neuberger, at p. 4-4.1; see also p. 10-10.)

[69] In other words, s. 753(4.1) provides guidance on how a sentencing judge can properly exercise his or her discretion in accordance with the applicable objectives and principles of sentencing. As explained above, it is permissible for Parliament to guide the courts to emphasize certain sentencing principles in certain circumstances without curtailing their discretion. Once the sentencing judge has exhausted the least coercive sentencing options to address the question of risk based on the evidence, indeterminate detention in a penitentiary is the last option.

[70] The framework a sentencing judge should adopt in exercising his or her discretion under s. 753(4.1) has been aptly explained by Justice Tuck-Jackson of the Ontario Court of Justice: *R. v. Crowe*, No. 10-10013990, March 22, 2017. First, if the court is satisfied that a conventional sentence, which may include a period of probation, if available in law, will adequately protect the public against the commission of murder or a serious personal injury offence, then that sentence must be imposed. If the court is not satisfied that this is the case, then it must proceed to a second assessment and determine whether it is satisfied that a conventional sentence of a minimum of 2 years of imprisonment, followed by a long-term supervision order for a period that does not exceed 10 years, will adequately protect the public against the commission by the offender of murder or a serious personal injury offence. If the answer is “yes”, then that sentence must be imposed. If the answer is “no”, then the court must proceed to the third step and impose a detention in a penitentiary for an indeterminate period of time. Section 753(4.1) reflects the fact

approfondi. À l’issue de cet examen, il appartiendra au juge de déterminer la peine à infliger; ni l’une ni l’autre des parties n’a à prouver en fonction de quelque norme que ce soit la peine qu’il convient d’imposer d’une manière ou d’une autre.

(Neuberger, p. 4-4.1; voir aussi p. 10-10.)

[69] Autrement dit, le par. 753(4.1) donne des indications sur la manière dont le juge de la peine peut exercer comme il se doit son pouvoir discrétionnaire en conformité avec les objectifs et les principes applicables en matière de détermination de la peine. Comme il a été expliqué précédemment, le législateur peut guider les tribunaux de manière à ce que ceux-ci mettent l’accent sur certains principes de détermination de la peine dans certaines circonstances, sans restreindre leur pouvoir discrétionnaire. Lorsque le juge de la peine a épuisé les options les moins contraignantes en matière de détermination de la peine pour résoudre la question du risque en se fondant sur la preuve, il peut, comme dernière option, infliger une peine de détention pour une période indéterminée dans un pénitencier.

[70] La juge Tuck-Jackson de la Cour de justice de l’Ontario a bien expliqué le cadre d’analyse que devrait adopter le juge de la peine dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 753(4.1) (*R. c. Crowe*, n° 10-10013990, 22 mars 2017). Premièrement, si le tribunal est convaincu qu’une peine traditionnelle — laquelle peut inclure une période de probation lorsque possible juridiquement — protégera de façon suffisante le public contre la perpétration d’un meurtre ou d’une infraction qui constitue des sévices graves à la personne, il doit alors imposer cette peine. Dans le cas contraire, il doit procéder à une deuxième évaluation et déterminer s’il est convaincu qu’une peine d’emprisonnement traditionnelle d’une durée minimale de 2 ans, suivie d’une surveillance de longue durée pour une période maximale de 10 ans, protégera de façon suffisante le public contre la perpétration par le délinquant d’un meurtre ou d’une infraction qui constitue des sévices graves à la personne. Dans l’affirmative, le tribunal doit imposer cette peine. Dans la négative, il doit alors passer à la troisième étape et imposer une peine de détention dans un pénitencier pour une

that, just as nothing less than a sentence reducing the risk to an acceptable level is required for a dangerous offender, so too is nothing more required.

[71] In sum, Mr. Boutilier's s. 12 argument is grounded in an erroneous reading of the impugned provision. Properly read and applied, s. 753(4.1) does not impose an onus, a rebuttable presumption, or mandatory sanctioning. Nor does it prevent a sentencing judge from considering sentencing objectives and principles. Every sentence must be imposed after an individualized assessment of all of the relevant factors and circumstances. Seen in this way, s. 753(4.1) will not result in grossly disproportionate sentences or in the imposition of a detention of indeterminate duration in cases where such a sentence is unfit. The sentencing judge and the British Columbia Court of Appeal therefore rightly rejected Mr. Boutilier's position on this point.

C. *Is Section 753(4.1) Overbroad in Violation of Section 7 of the Charter Because It Applies to Offenders That Could Have Been Monitored Under the Long-Term Offender Scheme?*

[72] Mr. Boutilier also argues that s. 753(4.1) is overbroad in a manner contrary to s. 7 on the basis that some offenders who are designated as dangerous meet the statutory criteria for a long-term offender designation under s. 753.1. He argues that the provision is overbroad because these offenders, who could have been properly monitored under the long-term offender regime, face the risk of an indeterminate detention under s. 753(4.1). He argues that an anomaly flows from the fact that, under the dangerous offender regime, offenders must satisfy the higher standard of a "reasonable expectation" of control to obtain a lower sentence, whereas under the long-term offender regime, they would need to meet the lower standard of a "reasonable possibility" of control. As such, Mr. Boutilier contends that the risk of indeterminate detention under s. 753(4) and (4.1) depends only on whether

période indéterminée. Le paragraphe 753(4.1) reflète le fait que la peine à imposer au délinquant dangereux doit être une peine susceptible d'abaisser le risque à un niveau acceptable, ni plus ni moins.

[71] Bref, l'argument de M. Boutilier fondé sur l'art. 12 repose sur une interprétation erronée de la disposition contestée. Interprété et appliqué comme il se doit, le par. 753(4.1) n'impose pas de fardeau de preuve, de présomption réfutable ou de sanction obligatoire. Il n'empêche pas non plus le juge de la peine de prendre en considération les principes et les objectifs de détermination de la peine. Chaque peine doit être imposée après évaluation individuelle de tous les facteurs et circonstances applicables. Vu sous cet angle, le par. 753(4.1) n'aura pas pour effet d'entraîner une peine exagérément disproportionnée ou l'imposition d'une peine de détention pour une période indéterminée dans les cas où telle peine n'est pas une peine juste. Le juge de la peine et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont donc à juste titre rejeté la thèse de M. Boutilier sur ce point.

C. *Le paragraphe 753(4.1) a-t-il une portée excessive, en contravention avec l'art. 7 de la Charte, en ce qu'il s'applique à des délinquants qui auraient pu être surveillés dans le cadre du régime des délinquants à contrôler?*

[72] M. Boutilier soutient également que le par. 753(4.1) a une portée excessive, en contravention avec l'art. 7, au motif que certains délinquants déclarés dangereux satisfont aux conditions légales applicables à la déclaration de délinquant à contrôler prévues à l'art. 753.1. Selon lui, la disposition a une portée excessive parce que ces délinquants, qui auraient pu être surveillés de manière appropriée dans le cadre du régime des délinquants à contrôler, risquent de se voir imposer une peine de détention pour une période indéterminée en vertu du par. 753(4.1). Il ajoute qu'une anomalie découle du fait que, dans le cadre du régime des délinquants dangereux, les délinquants doivent satisfaire à la norme plus exigeante de l'« attente vraisemblable » de contrôle pour obtenir une peine moins sévère alors que, dans le cadre du régime des délinquants à contrôler, ils doivent satisfaire à la norme moins

the Crown uses its discretion to place the offender within the dangerous offender scheme or the long-term offender stream.

[73] The criteria to be designated as a long-term offender are in s. 753.1(1):

**753.1 (1)** The court may, on application made under this Part following the filing of an assessment report under subsection 752.1(2), find an offender to be a long-term offender if it is satisfied that

- (a) it would be appropriate to impose a sentence of imprisonment of two years or more for the offence for which the offender has been convicted;
- (b) there is a substantial risk that the offender will re-offend; and
- (c) there is a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community.

[74] While it is true that this Court in *Johnson* found that “[a]lmost every offender who satisfies the dangerous offender criteria will satisfy the first two criteria in the long-term offender provisions” (para. 31) and that, in some cases, an offender designated as dangerous may establish “a reasonable possibility of eventual control” so as to fall within the long-term offender regime, this is of no relevance to the constitutionality of s. 753(4.1).

[75] Undoubtedly, the dangerous offender designation criteria are more onerous than the long-term offender criteria. In particular, under s. 753(1), the sentencing judge must be satisfied that “the offender constitutes a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons”, whereas under s. 753.1, the sentencing judge must

exigeante de la « possibilité réelle » de contrôle. M. Boutilier fait donc valoir que le risque de se voir imposer une peine de détention pour une période indéterminée aux par. 753(4) et (4.1) tient uniquement à la question de savoir si la Couronne exerce son pouvoir discrétionnaire d’assujettir le délinquant au régime des délinquants dangereux ou à celui des délinquants à contrôler.

[73] Les conditions applicables pour être déclaré délinquant à contrôler sont énoncées au par. 753.1(1) :

**753.1 (1)** Sur demande faite, en vertu de la présente partie, postérieurement au dépôt du rapport d’évaluation visé au paragraphe 752.1(2), le tribunal peut déclarer que le délinquant est un délinquant à contrôler, s’il est convaincu que les conditions suivantes sont réunies :

- a) il y a lieu d’imposer au délinquant une peine minimale d’emprisonnement de deux ans pour l’infraction dont il a été déclaré coupable;
- b) celui-ci présente un risque élevé de récidive;
- c) il existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité.

[74] Même s’il est vrai que la Cour dans l’arrêt *Johnson* a conclu que « [l]a quasi-totalité des délinquants qui remplissent les conditions d’une déclaration de délinquant dangereux rempliront les deux premières conditions d’une déclaration de délinquant à contrôler » (par. 31) et que, dans certains cas, un délinquant déclaré dangereux peut établir l’existence d’« une possibilité réelle que [l]e risque puisse être maîtrisé » — de sorte qu’il relèverait du régime des délinquants à contrôler —, cette conclusion n’a aucune pertinence en ce qui a trait à la constitutionnalité du par. 753(4.1).

[75] Il ne fait aucun doute que les conditions d’une déclaration de délinquant dangereux sont plus exigeantes que celles d’une déclaration de délinquant à contrôler. Plus particulièrement, aux termes du par. 753(1), le juge de la peine doit être convaincu que « le délinquant [. . .] constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental

merely be satisfied that “there is a substantial risk that the offender will reoffend”. As explained above, when read properly, s. 753(1) limits the availability of an indeterminate detention under s. 753(4) and (4.1) to a narrow group of offenders that are dangerous *per se*. It therefore cannot be said that both regimes target the same offenders.

[76] Furthermore, as I have already concluded, s. 753(4.1) does not create a presumption that indeterminate detention is the appropriate sentence — the sentencing judge is under the obligation to conduct a thorough inquiry that considers all the evidence presented during the hearing in order to decide the fittest sentence for the offender. Indeed, under s. 753(4), a long-term offender sentence remains available for dangerous offenders who can be controlled in the community in a manner that adequately protects the public from murder or a serious personal injury offence.

[77] Imposing indeterminate detention where the sentencing judge is not satisfied that there is a “reasonable expectation” that a lesser sentence “will adequately protect the public against the commission by the offender of murder or a serious personal injury offence” is a rational means to achieve the public protection objective of Part XXIV of the *Criminal Code* insofar as such detention is limited to habitual criminals who pose a tremendous risk to public safety. A rigorous application of the designation criteria under s. 753(1) ensures that the provision does not overreach by capturing offenders that should not face the risk of a sentence of indeterminate detention.

de qui que ce soit », tandis que, suivant l’art. 753.1, il doit être simplement convaincu que le délinquant « présente un risque élevé de récidive ». Comme je l’ai expliqué précédemment, lorsqu’il est interprété correctement, le par. 753(1) limite à un groupe restreint de délinquants, dangereux *per se*, le risque de se voir imposer une peine de détention pour une période indéterminée en vertu des par. 753(4) et (4.1). On ne peut donc pas dire que les deux régimes visent les mêmes délinquants.

[76] En outre, comme je l’ai déjà conclu, le par. 753(4.1) ne crée pas de présomption selon laquelle une peine de détention pour une période indéterminée constitue la peine appropriée — le juge de la peine est tenu de procéder à une analyse approfondie et de prendre en considération tous les éléments de preuve présentés à l’audience afin de déterminer la peine qui est la plus juste dans le cas du délinquant. D’ailleurs, suivant le par. 753(4), la peine qui est infligée aux délinquants à contrôler peut aussi être infligée aux délinquants dangereux susceptibles d’être maîtrisés au sein de la collectivité de manière à protéger de façon suffisante le public contre la perpétration d’un meurtre ou d’une infraction qui constitue des sévices graves à la personne.

[77] Le fait pour le juge de la peine d’imposer une peine de détention pour une période indéterminée s’il n’est pas convaincu que l’on peut « vraisemblablement s’attendre » à ce que l’imposition d’une peine moins sévère « protège de façon suffisante le public contre la perpétration par le délinquant d’un meurtre ou d’une infraction qui constitue des sévices graves à la personne » constitue un moyen rationnel de réaliser l’objectif de la protection du public que poursuit la partie XXIV du *Code criminel*, dans la mesure où une telle peine ne peut être infligée qu’aux repris de justice qui constituent un risque énorme pour la sécurité du public. Une application rigoureuse des conditions applicables à la déclaration de délinquant dangereux prévues au par. 753(1) permet d’éviter que la disposition ait une portée excessive et qu’elle vise des délinquants qui ne devraient pas être exposés au risque de se voir imposer une peine de détention pour une période indéterminée.

D. *Did the Sentencing Judge Err by Sentencing Mr. Boutilier to an Indeterminate Period of Detention?*

[78] Mr. Boutilier pleaded guilty to six criminal charges arising out of the robbery of a pharmacy with an imitation firearm and an ensuing car chase. He was 41 years old at the time of the predicate offences and 46 at the time of sentencing.

[79] His criminal record is lengthy, and he has spent the majority of his life incarcerated for similar robbery-related offences committed in Seattle in 1988 and in Brantford in 2000-2001. His adult record, excluding the offences for which the sentencing judge sentenced him, includes 24 convictions for several instances of breaking and entering and other property-related offences, robberies, conspiracy to commit robbery, escape from lawful custody, assault, assault with a weapon, and kidnapping.

[80] Mr. Boutilier was assessed by Dr. Schweighofer, a forensic psychologist who found that his tendency to commit dangerous criminal offences flowed from his drug addictions. On this basis, Dr. Schweighofer found that he was very likely to continue committing criminal offences to fund his drug use in the future. He explained that Mr. Boutilier had had little success with the wide variety of drug treatment programs he had been through in his life, with the exception of a program at a halfway house in Vancouver (Belkin House) where he had stayed for several months in 2007-2008, to which he had responded well.

[81] While Mr. Boutilier's appeal is limited to the imposition of an indeterminate sentence, I must first consider his designation as a dangerous offender. Section 759 of the *Criminal Code* regulates the right to appeal in such cases. On the basis of the broad language of this section, this Court has stated that "appellate review of a dangerous offender

D. *Le juge de la peine a-t-il fait erreur en condamnant M. Boutilier à une peine de détention pour une période indéterminée?*

[78] M. Boutilier a plaidé coupable à six accusations criminelles portées à la suite d'un vol qualifié dans une pharmacie au moyen d'une fausse arme à feu, et de la poursuite automobile qui a suivi. Il était âgé de 41 ans au moment des infractions sous-jacentes et de 46 ans lors du prononcé de la peine.

[79] Il a un lourd casier judiciaire et il a passé la majeure partie de sa vie derrière les barreaux pour des infractions semblables liées à des vols qualifiés qu'il a perpétrés à Seattle en 1988 et à Brantford en 2000-2001. Son casier judiciaire d'adulte, à l'exclusion des infractions pour lesquelles le juge de la peine lui a imposé une peine, comprend 24 déclarations de culpabilité pour plusieurs cas d'introduction par effraction et autres infractions relatives à des biens, des vols qualifiés, un complot en vue de commettre un vol qualifié, l'évasion d'une garde légale, des voies de fait, une agression armée et un enlèvement.

[80] M. Boutilier a été évalué par le D<sup>r</sup> Schweighofer, un psychologue judiciaire qui a conclu que sa tendance à commettre des infractions criminelles dangereuses était attribuable à sa toxicomanie. Sur ce fondement, le D<sup>r</sup> Schweighofer a estimé qu'il était très probable qu'il continue à commettre des infractions criminelles pour financer sa consommation de drogues. Il a expliqué le peu de succès du vaste éventail de programmes de traitement de la toxicomanie auxquels M. Boutilier a participé au cours de sa vie, à l'exception d'un programme offert dans une maison de transition à Vancouver (la Belkin House), où il est resté pendant plusieurs mois en 2007-2008, et auquel il a bien répondu.

[81] Bien que le pourvoi de M. Boutilier porte uniquement sur l'imposition d'une peine de détention d'une durée indéterminée, je dois d'abord me pencher sur sa déclaration de délinquant dangereux. L'article 759 du *Code criminel* régit le droit d'appel dans de tels cas. Se fondant sur le libellé général de cette disposition, notre Cour a affirmé

designation is somewhat more robust” than regular appellate review of a sentence: *Sipos*, at para. 26. Nonetheless, the appellate court must give some deference to the findings of the sentencing judge. In sum, errors of law will be reviewed on a correctness standard, while errors of fact will be reviewed on a reasonableness standard: *Neuberger*, at p. 9-2.

[82] The sentencing judge committed an error of law, since he failed to consider Mr. Boutilier’s treatment prospects before designating him as a dangerous offender. However, not every error of law requires that a new hearing be ordered. In rare circumstances, where the error of law has not resulted in a substantial wrong or miscarriage of justice, a court of appeal may dismiss an appeal against a declaration that an offender is dangerous under s. 759(3)(b):

But if a court of appeal has the power to dismiss an appeal against a declaration that an offender is dangerous on the basis that the error of law has resulted in no substantial wrong or miscarriage of justice, that power may be exercised in only the rarest of circumstances. In *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617, the Court concluded that the curative proviso contained in s. 686(1)(b)(iii) is to be applied in only those circumstances in which there is no reasonable possibility that the verdict would have been any different had the error of law not been made. The same high standard applies in the context of s. 759(3)(b).

(*Johnson*, at para. 49; see also *Sipos*, at para. 35.)

[83] The instant case involves such a rare circumstance. Here, the error of law does not change the sentencing judge’s conclusion regarding Mr. Boutilier’s dangerousness. The judge found Mr. Boutilier’s conduct to be intractable because his prospect of overcoming his addictions, the source of his dangerousness, was nothing more than an “expression of hope”.

que « le contrôle en appel d’une déclaration de délinquant dangereux est un peu plus vigoureux » que le contrôle normal en appel d’une peine (*Sipos*, par. 26). Néanmoins, le tribunal d’appel doit faire preuve d’une certaine retenue envers les conclusions du juge de la peine. En résumé, les erreurs de droit seront contrôlées suivant la norme de la décision correcte, tandis que les erreurs de fait seront contrôlées selon la norme de la décision raisonnable (*Neuberger*, p. 9-2).

[82] Le juge de la peine a commis une erreur de droit parce qu’il n’a pas pris en considération les perspectives de traitement de M. Boutilier avant de déclarer celui-ci délinquant dangereux. Toutefois, ce ne sont pas toutes les erreurs de droit qui requièrent qu’une nouvelle audience soit ordonnée. Dans de rares cas, où l’erreur de droit n’a donné lieu à aucun tort important ni à aucune erreur judiciaire grave, un tribunal d’appel peut, en vertu de l’al. 759(3)b), rejeter l’appel d’une déclaration portant qu’un délinquant est dangereux :

Une cour d’appel peut certes rejeter l’appel d’une déclaration portant qu’un délinquant est dangereux pour le motif que l’erreur de droit n’a donné lieu à aucun tort important ni à aucune erreur judiciaire grave, mais elle ne peut le faire que très rarement. Dans *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 617, notre Cour a conclu que la disposition réparatrice correspondant au sous-al. 686(1)b)(iii) ne s’applique qu’en l’absence d’une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si l’erreur de droit n’avait pas été commise. La même norme stricte s’applique pour les besoins de l’al. 759(3)b).

(*Johnson*, par. 49; voir aussi *Sipos*, par. 35.)

[83] La présente affaire constitue l’un de ces rares cas. En l’espèce, l’erreur de droit ne change rien à la conclusion du juge de la peine concernant la dangerosité de M. Boutilier. Le juge a conclu que la conduite de M. Boutilier était irréductible parce que les perspectives qu’il vainque ses dépendances — lesquelles sont à l’origine de sa dangerosité — n’étaient rien de plus qu’un [TRADUCTION] « vœu pieux ».

[84] The sentencing judge anticipated a potential disagreement on appeal as to whether s. 753(1) still includes “intractability”. Accordingly, he explained that his analysis would remain unchanged even if he considered Mr. Boutilier’s treatment prospects at the designation stage:

I note for completeness, that even were it possible to consider future treatment prospects as part of the designation stage under s. 753(1), an expression of hope would not alter my conclusion of a “likelihood” of future harm, as described earlier. [2015 BCSC 901, at para. 210]

[85] Absent any material error of law, a dangerous offender designation is a question of fact. The role of an appellate court is therefore to determine if the designation was reasonable: *Currie*, at para. 33. Mr. Boutilier did not direct the attention of this Court to any aspect of the sentencing judge’s decision that would render it unreasonable. The most favourable evidence presented to the sentencing judge concerned Mr. Boutilier’s conduct during the period from November 2007 to August 2008, when he resided at Belkin House in Vancouver. Mr. Boutilier relies heavily on this period in his submissions. However, as the Crown rightly noted during the hearing, the Belkin House period is just one aspect of an overall bleak picture.

[86] The judge concluded that Mr. Boutilier is not a psychopath or a sexual offender, but rather a drug addict that becomes impulsive and dangerous when using drugs — one who is at a high risk of committing offences when he is in a state of relapse, since he will do whatever is needed to obtain drugs. The judge concluded that, when he commits offences, he puts other people’s physical safety and lives at risk. The judge inferred the depth and intractability of his addiction in part from the fact that he continued to use drugs while in custody despite having overdosed numerous times in his life. The judge concluded that the prospect of successful treatment of Mr. Boutilier’s addiction did not rise above an expression of hope, as his positive experience at Belkin House was a brief positive interlude in a

[84] Le juge de la peine a prévu qu’il pourrait y avoir un désaccord en appel sur la question de savoir si le par. 753(1) inclut encore le facteur de l’« irréductibilité ». En conséquence, il a expliqué que son analyse demeurerait inchangée même s’il prenait en considération les perspectives de traitement de M. Boutilier à l’étape de la déclaration :

[TRADUCTION] Par souci d’exhaustivité, je souligne que, même s’il était possible de prendre en considération les perspectives de traitement futur à l’étape de la déclaration prévue au par. 753(1), un vœu pieux ne changerait rien à ma conclusion selon laquelle un préjudice sera « vraisemblablement » causé à l’avenir, comme il a été expliqué précédemment. [2015 BCSC 901, par. 210]

[85] En l’absence de toute erreur de droit importante, une déclaration de délinquant dangereux est une question de fait. Le rôle du tribunal d’appel est donc de décider si la déclaration était raisonnable (*Currie*, par. 33). M. Boutilier n’a attiré l’attention de la Cour sur aucun aspect de la décision du juge de la peine qui rendrait celle-ci déraisonnable. La preuve la plus favorable présentée au juge de la peine portait sur la conduite de M. Boutilier entre novembre 2007 et août 2008, lorsqu’il a séjourné à la Belkin House à Vancouver. M. Boutilier attache une très grande importance à cette période dans ses arguments. Or, comme la Couronne l’a souligné à juste titre à l’audience, cette période ne constitue qu’un aspect d’un tableau global plutôt sombre.

[86] Le juge a conclu que M. Boutilier n’est pas un psychopathe ni un délinquant sexuel, mais plutôt un toxicomane qui devient impulsif et dangereux lorsqu’il consomme de la drogue — il présente un risque élevé de perpétrer des infractions lorsqu’il fait une rechute, puisqu’il va faire tout ce qu’il faut pour obtenir de la drogue. Le juge a statué que M. Boutilier met la sécurité physique et la vie d’autrui en danger lorsqu’il commet des infractions. Le juge a inféré l’ampleur et l’irréductibilité de sa dépendance en partie du fait que M. Boutilier a continué de consommer de la drogue pendant sa détention, malgré les nombreuses surdoses qu’il a faites dans sa vie. Le juge a estimé que les perspectives de réussite du traitement de la dépendance de M. Boutilier n’étaient rien de plus qu’un vœu



35-year history: 2015 BCSC 901, at paras. 203-10. Mr. Boutilier does not argue that these findings of fact are unsupported by the evidence.

[87] Since Mr. Boutilier had consistently failed to adhere to the conditions of his release, the sentencing judge found it impossible to conclude that a determinate sentence and a period of supervision would adequately protect the public from the commission of a serious personal injury offence.

[88] Based on these findings of fact, the designation of Mr. Boutilier as a dangerous offender and the imposition of an indeterminate detention cannot be said to be unreasonable.

[89] For these reasons, the appeal is dismissed. Sections 753(1) and 753(4.1) of the *Criminal Code* are constitutional. The sentencing judge did not err by sentencing Mr. Boutilier to an indeterminate period of detention.

The following are the reasons delivered by

KARAKATSANIS J. (dissenting in part) —

#### I. Overview

[90] Thirty years ago, this Court held that a narrowly tailored scheme for the indefinite imprisonment of a very small group of highly dangerous offenders was constitutionally permissible (*R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309). Broad judicial discretion was a key safeguard. But legislative changes have since removed much of the judicial discretion on which *Lyons* was premised. The dangerous offender scheme now mandates indeterminate detention — one of the most extreme sanctions in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 — even when it is grossly disproportionate to the offender's moral blameworthiness.

pieux, son expérience positive à la Belkin House n'ayant constitué qu'un bref intermède positif sur une période de 35 ans (2015 BCSC 901, par. 203-210). M. Boutilier ne soutient pas que ces conclusions de fait ne sont pas étayées par la preuve.

[87] Comme M. Boutilier a systématiquement omis de se conformer aux conditions de sa mise en liberté, le juge de la peine a jugé impossible de conclure qu'une peine de détention d'une durée déterminée suivie d'une période de surveillance protégerait de façon suffisante le public contre la perpétration d'une infraction qui constitue des sévices graves à la personne.

[88] Eu égard à ces conclusions de fait, la déclaration de délinquant dangereux prononcée contre M. Boutilier et l'imposition d'une peine de détention pour une période indéterminée ne peuvent être considérées comme déraisonnables.

[89] Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté. Les paragraphes 753(1) et 753(4.1) du *Code criminel* sont constitutionnels. Le juge de la peine n'a pas fait erreur en condamnant M. Boutilier à une peine de détention pour une période indéterminée.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente en partie) —

#### I. Aperçu

[90] Il y a 30 ans, notre Cour a jugé qu'un régime de détention pour une période indéterminée conçu pour ne viser qu'un très petit groupe de délinquants très dangereux était constitutionnel (*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309). Le vaste pouvoir discrétionnaire qui était alors conféré aux juges offrait une protection clé. Or, des modifications législatives ont depuis éliminé une bonne part du pouvoir discrétionnaire sur lequel reposait l'arrêt *Lyons*. Aujourd'hui, le régime des délinquants dangereux rend obligatoire la détention pour une période indéterminée — l'une des peines les plus lourdes prévues au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 — même dans les cas où une telle peine est exagérément disproportionnée à la culpabilité morale du délinquant.

[91] I agree with my colleague that s. 753(1) of the *Criminal Code* calls for consideration of the offender's future treatment prospects, and thus is not unconstitutionally overbroad on that basis. But given that s. 753(1) provides *no* judicial discretion, and that Mr. Boutilier has not successfully challenged its constitutionality, I cannot agree that s. 753(4.1) passes constitutional muster. By demanding a singular focus on public safety, this provision imposes indeterminate detention in cases where it is grossly disproportionate to the sentence mandated by the sentencing principles in the *Criminal Code*. Section 753(4.1) violates s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be saved by s. 1. I would therefore declare it of no force or effect.

[92] Mr. Boutilier was sentenced to indeterminate detention on the basis of an unconstitutional provision. There is a reasonable possibility that a determinate sentence with a long-term supervision order would have been imposed had the sentencing judge not proceeded on the basis that his discretion was curtailed by s. 753(4.1). A new hearing is therefore required to determine the appropriate sentence.

## II. Legislative Evolution

[93] The dangerous offender provisions are found in ss. 752 to 761 of the *Criminal Code*. On the application of a prosecutor, after an expert psychological assessment, a hearing is held to determine whether the offender should be designated as dangerous and, if so, whether he or she should be sentenced to indeterminate detention (s. 753).

[94] When this Court first assessed the constitutionality of the dangerous offender scheme in *Lyons*, the legislation provided the sentencing judge with

[91] À l'instar de ma collègue, je suis d'avis que le par. 753(1) du *Code criminel* oblige le juge à prendre en considération les perspectives de traitement futur du délinquant et que cette disposition n'est donc pas inconstitutionnelle pour cause de portée excessive. Toutefois, étant donné que le par. 753(1) ne confère *aucun* pouvoir discrétionnaire au juge et que M. Boutilier n'a pas contesté sa constitutionnalité avec succès, je ne peux accepter que le par. 753(4.1) résiste à l'examen de sa constitutionnalité. Parce qu'elle exige que l'on mette l'accent uniquement sur la sécurité du public, cette disposition impose une peine pour une période indéterminée dans les cas où celle-ci est exagérément disproportionnée à la peine que commandent les principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel*. Le paragraphe 753(4.1) viole l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne peut être justifié au regard de l'article premier. Je suis donc d'avis de le déclarer inopérant.

[92] M. Boutilier a été condamné à purger une peine de détention pour une période indéterminée sur le fondement d'une disposition inconstitutionnelle. Si le juge n'avait pas tenu pour acquis que le par. 753(4.1) restreint son pouvoir discrétionnaire, il aurait probablement imposé une peine pour une période déterminée assortie d'une ordonnance de surveillance de longue durée. Il faut donc tenir une nouvelle audience afin de déterminer la peine appropriée.

## II. Historique des dispositions législatives

[93] Les dispositions sur les délinquants dangereux figurent aux art. 752 à 761 du *Code criminel*. Sur demande du poursuivant et au terme d'une évaluation psychologique effectuée par un expert, une audience est tenue pour déterminer s'il y a lieu de déclarer le délinquant dangereux et, dans l'affirmative, si ce dernier devrait être condamné à une peine de détention pour une période indéterminée (art. 753).

[94] Lorsque notre Cour a pour la première fois examiné la constitutionnalité du régime des délinquants dangereux dans l'affaire *Lyons*, les

discretion at both the designation and the penalty stages. The legislation stated that a sentencing judge “may” designate an offender as dangerous if the legislative criteria for dangerousness were met. In addition, the sentencing judge had discretion as to whether to impose indeterminate detention on a designated dangerous offender (*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 688 [rep. & sub. 1976-77, c. 53, s. 14]).

[95] Changes were made to the dangerous offender scheme in 1997 by the *Act to amend the Criminal Code (high risk offenders), the Corrections and Conditional Release Act, the Criminal Records Act, the Prisons and Reformatories Act and the Department of the Solicitor General Act*, S.C. 1997, c. 17. The legislative amendments removed the discretion at the penalty stage. While sentencing judges retained discretion on whether to designate an offender as dangerous when the statutory criteria for dangerousness were met (s. 753(1)), the legislation stated that a judge “shall” sentence designated dangerous offenders to indeterminate detention (s. 753(4)). In *R. v. Johnson*, 2003 SCC 46, [2003] 2 S.C.R. 357, this Court confirmed that, under this legislative scheme, judges could not impose an indeterminate sentence if they were “satisfied that the sentencing options available under the long-term offender provisions [were] sufficient to reduce the threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons to an acceptable level” (para. 40). This ensured that offenders who met the statutory criteria were only designated as dangerous and sentenced to indeterminate detention if their risk could not be adequately managed through the long-term offender scheme. Although there was no discretion at the penalty stage, discretion at the designation stage ensured that the sentencing principles in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code* continued to guide decisions under the dangerous offender scheme (*Johnson*, at para. 28). Once again, judicial discretion helped guarantee that only “a small group of highly dangerous criminals posing threats to the physical or mental well-being of their victims”

dispositions législatives en cause conféraient au juge de la peine un pouvoir discrétionnaire tant à l’étape de la déclaration de délinquant dangereux qu’à l’étape de la sanction. En effet, la loi prescrivait alors que, lorsqu’il est satisfait aux critères d’origine législative relatifs à la dangerosité, le juge de la peine « peut » déclarer qu’un délinquant est dangereux. Le même juge avait aussi le pouvoir discrétionnaire d’imposer une peine de détention pour une période indéterminée au délinquant déclaré dangereux (*Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 688 [abr. & rempl. 1976-77, c. 53, art. 14]).

[95] En 1997, le régime des délinquants dangereux a été modifié par la *Loi modifiant le Code criminel (délinquants présentant un risque élevé de récidive), la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, la Loi sur le casier judiciaire, la Loi sur les prisons et les maisons de correction et la Loi sur le ministère du Solliciteur général*, L.C. 1997, c. 17. Ces modifications législatives ont eu pour effet d’éliminer le pouvoir discrétionnaire à l’étape de la sanction. En fait, s’il conservait son pouvoir discrétionnaire de déclarer ou non un délinquant dangereux dans les cas où il était satisfait aux critères législatifs liés à la dangerosité (par. 753(1)), le juge de la peine n’avait toutefois d’autre choix aux termes de la loi que de condamner le délinquant déclaré dangereux à une détention pour une période indéterminée (par. 753(4)). Dans l’arrêt *R. c. Johnson*, 2003 CSC 46, [2003] 2 R.C.S. 357, notre Cour a confirmé que ce nouveau régime législatif ne permettait pas au juge d’imposer une peine de détention pour une période indéterminée s’il était « convaincu que les sanctions prévues par les dispositions applicables aux délinquants à contrôler permettent d’abaisser à un niveau acceptable le risque pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit » (par. 40). Ainsi, les délinquants qui satisfaisaient aux critères d’origine législative n’étaient déclarés délinquants dangereux et condamnés à purger une peine de détention pour une période indéterminée que s’il était impossible de bien gérer le risque qu’ils présentaient par la voie du régime des délinquants à contrôler. Il n’y avait aucun pouvoir discrétionnaire à l’étape de la sanction, mais le pouvoir discrétionnaire à l’étape de la déclaration

would be sentenced to indefinite imprisonment (*Lyons*, at p. 347; *Johnson*, at para. 19).

[96] The dangerous offender scheme was amended again in 2008 when the *Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6, came into force. It removed all judicial discretion at the designation stage. Thus, an offender who meets the legislative criteria for dangerousness *must* be designated a dangerous offender (s. 753(1)). At the penalty stage, s. 753(4) provides the sentencing judge with broad discretion to impose either an indeterminate sentence, a determinate sentence with a long-term supervision order of a maximum of 10 years, or a determinate sentence alone. However, s. 753(4.1) curtails this discretion significantly. It mandates an indeterminate sentence unless the sentencing judge is satisfied by the evidence presented at the hearing “that there is a reasonable expectation that [either a determinate sentence followed by a long-term supervision order or a determinate sentence alone] will adequately protect the public against the commission by the offender of murder or a serious personal injury offence”. If the evidence on the application does not satisfy this threshold, a judge must impose indeterminate detention. These changes have dramatically altered the legislative scheme this Court deemed constitutional in *Lyons*.

de délinquant dangereux faisait en sorte que les principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel* continuaient de guider les décisions prises dans le cadre du régime des délinquants dangereux (*Johnson*, par. 28). Encore une fois, le pouvoir discrétionnaire des juges permettait de garantir que seul « un petit groupe de criminels extrêmement dangereux qui présentent un danger pour le bien-être physique ou mental de leurs victimes » seraient condamnés à une peine d’emprisonnement pour une période indéterminée (*Lyons*, p. 347; *Johnson*, par. 19).

[96] Le régime des délinquants dangereux a été modifié à nouveau en 2008, lorsque la *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6, est entrée en vigueur. Cette loi a éliminé tout pouvoir discrétionnaire du juge à l’étape de la déclaration de délinquant dangereux. Ainsi donc, le délinquant qui satisfait aux critères législatifs de la dangerosité *doit* être déclaré délinquant dangereux (par. 753(1)). À l’étape de la sanction, le par. 753(4) confère au juge le vaste pouvoir discrétionnaire d’imposer une peine de détention pour une période indéterminée, une peine de détention pour une période déterminée assortie d’une ordonnance de surveillance d’une durée d’au plus 10 ans, ou une simple peine de détention pour une période déterminée. Toutefois, le par. 753(4.1) restreint considérablement ce pouvoir discrétionnaire. En effet, le juge doit imposer une peine pour une période indéterminée, sauf s’il est convaincu, sur le fondement des éléments mis en preuve lors de l’audition, « que l’on peut vraisemblablement s’attendre à ce que [soit une peine pour une période déterminée suivie d’une ordonnance de surveillance de longue durée, soit une simple peine pour une période déterminée] protège de façon suffisante le public contre la perpétration par le délinquant d’un meurtre ou d’une infraction qui constitue des sévices graves à la personne ». Si la preuve produite dans le cadre de la demande ne satisfait pas à ce critère, le juge doit imposer une peine de détention pour une période indéterminée. Ces changements ont modifié profondément le régime législatif que notre Cour avait déclaré constitutionnel dans l’arrêt *Lyons*.

### III. Analysis

[97] Mr. Boutilier argues that s. 753(4.1) is overbroad and mandates grossly disproportionate sentences in reasonably foreseeable circumstances, in violation of ss. 7 and 12 of the *Charter*. I agree that s. 753(4.1) violates s. 12, and that this violation cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. Given these conclusions, it is unnecessary to consider whether the provision also violates s. 7.

#### A. *Section 753(4.1) Violates Section 12 of the Charter*

[98] Section 12 of the *Charter* states: “Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.” A law violates s. 12 if it mandates a sentence that is “grossly disproportionate to the sentence the conduct would otherwise merit under the sentencing provisions of the *Criminal Code*” (*R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 82). The appropriate sentence, for comparative purposes, is determined in light of the relevant sentencing principles and objectives set out in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code* (*Nur*, at paras. 40-42). A mere distinction between the sentence imposed by the challenged provision and the appropriate sentence does not suffice to render the provision unconstitutional. The sentence imposed must be “disproportionate to the extent that Canadians ‘would find the punishment abhorrent or intolerable’” in order to constitute cruel and unusual punishment (*R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at para. 14, quoting *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895, at para. 4). The law violates s. 12 if it imposes a grossly disproportionate sentence on the individual before the court or in reasonably foreseeable cases (*R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at paras. 22-23).

[99] I agree with Mr. Boutilier that s. 753(4.1) violates the *Charter* protection against cruel and unusual punishment. To explain why, this challenged

### III. Analyse

[97] M. Boutilier soutient que le par. 753(4.1) a une portée excessive et qu’il emporte des peines exagérément disproportionnées dans des circonstances raisonnablement prévisibles, en contravention des art. 7 et 12 de la *Charte*. Je conviens que le par. 753(4.1) viole l’art. 12 et que cette violation ne peut se justifier au regard de l’article premier de la *Charte*. Étant donné mes conclusions à cet égard, il n’est pas nécessaire de décider si la disposition viole aussi l’art. 7.

#### A. *Le paragraphe 753(4.1) viole l’art. 12 de la Charte*

[98] L’article 12 de la *Charte* prescrit ceci : « Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités. » Une loi viole l’art. 12 si elle commande une peine qui est « totalement disproportionnée à la peine qui serait infligée conformément aux dispositions du *Code criminel* sur la détermination de la peine » (*R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 82). La peine appropriée, à des fins de comparaison, est déterminée à la lumière des principes et des objectifs de la détermination de la peine applicables qui sont énoncés aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel* (*Nur*, par. 40-42). La seule distinction entre la peine imposée par la disposition contestée et la peine appropriée ne suffit pas à rendre la disposition inconstitutionnelle. Pour être cruelle et inusitée, la peine imposée doit être « disproportionnée au point où les Canadiens “considéreraient cette peine odieuse ou intolérable” » (*R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 14, citant *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895, par. 4). La loi viole l’art. 12 si elle emporte l’imposition d’une peine exagérément disproportionnée à l’accusé ou dans les cas raisonnablement prévisibles (*R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 22-23).

[99] Je suis d’accord avec M. Boutilier que le par. 753(4.1) viole la protection qu’offre la *Charte* contre une peine cruelle et inusitée. L’explication

provision must be interpreted and considered in the context of the dangerous offender scheme.

(1) Section 753(1)

[100] Section 753(1), the dangerous offender designation provision, is the gateway to indeterminate detention. As decisions of this Court since *Lyons* make clear, the degree of responsibility of the offenders caught by s. 753(1) and the gravity of their offences vary greatly.

[101] For an offender to be designated as dangerous, he or she must have been convicted of a “serious personal injury offence” as defined in s. 752 of the *Criminal Code*. Serious personal injury offences include offences involving violence or attempted violence against another person (s. 752(a)(i)) and offences likely to endanger life or safety or cause severe psychological damage (s. 752(a)(ii)) for which the maximum penalty is at least 10 years in prison. As this Court acknowledged in *R. v. Steele*, 2014 SCC 61, [2014] 3 S.C.R. 138, the predicate offence must be violent to qualify under s. 752(a)(i), but the violence need not be serious (paras. 38-39; see also *R. v. Currie*, [1997] 2 S.C.R. 260, at para. 28). Serious personal injury offences include criminal harassment, obstruction of justice, offences involving threats of violence (but no physical harm), and some negligence-based offences, such as dangerous operation of a motor vehicle causing bodily harm (see, e.g., *R. v. Taillefer*, 2015 ONSC 2357; *R. v. S.M.* (2005), 196 O.A.C. 127, at para. 11; *Steele*, at paras. 3-4 and 58; s. 752(a)(i) and (ii)). As well, all sexual assault offences — regardless of the degree of harm they cause — are serious personal injury offences (s. 752(b)). Thus, in some cases, the dangerous offender regime allows for the imposition of what can effectively be life sentence even when this far exceeds the maximum sentence

tient à l’interprétation et à l’examen de cette disposition contestée dans le contexte du régime des délinquants dangereux.

(1) Paragraphe 753(1)

[100] Le paragraphe 753(1), la disposition qui porte sur la déclaration de délinquant dangereux, est la porte d’entrée vers la peine de détention pour une période indéterminée. Ainsi que l’établissent clairement les décisions rendues par notre Cour depuis l’arrêt *Lyons*, le degré de responsabilité des délinquants visés par le par. 753(1) et la gravité des infractions qu’ils ont perpétrées varient considérablement.

[101] Pour être déclaré dangereux, le délinquant doit avoir été reconnu coupable de « sévices graves à la personne » au sens de l’art. 752 du *Code criminel*. Les sévices graves à la personne comprennent les infractions impliquant l’emploi ou la tentative d’emploi de la violence contre une autre personne (sous-al. 752a)(i)) ainsi que les infractions impliquant une conduite dangereuse ou susceptible de l’être pour la vie ou la sécurité d’une autre personne ou une conduite ayant infligé ou susceptible d’infliger des dommages psychologiques graves à une autre personne (sous-al. 752a)(ii)), infractions punissables d’un emprisonnement d’au moins 10 ans. Ainsi que notre Cour l’a reconnu dans *R. c. Steele*, 2014 CSC 61, [2014] 3 R.C.S. 138, pour être visée par le sous-al. 752a)(i), l’infraction sous-jacente doit être violente, mais cette violence n’a pas à être grave (par. 38-39; voir aussi *R. c. Currie*, [1997] 2 R.C.S. 260, par. 28). Les infractions qui constituent des sévices graves à la personne incluent le harcèlement criminel, l’entrave à la justice, les infractions impliquant des menaces de violence (mais aucune blessure corporelle), et certaines infractions fondées sur la négligence, comme la conduite dangereuse d’un véhicule automobile causant des lésions corporelles (voir p. ex. *R. c. Taillefer*, 2015 ONSC 2357; *R. c. S.M.* (2005), 196 O.A.C. 127, par. 11; *Steele*, par. 3-4 et 58; sous-al. 752a)(i) et (ii)). En outre, toutes les

normally available for the predicate offence under the *Criminal Code*.

[102] The other dangerous offender designation criteria in s. 753(1) are also fairly broad. A conviction for a serious personal injury offence will lead to a dangerous offender designation if the offender is a threat to the “physical or mental well-being of other persons” and the offence is part of a pattern of repetitive behaviour showing a likelihood of causing future injury to others through the offender’s failure to restrain his or her behaviour (s. 753(1)(a)(i)). The future injury does not need to be serious injury. Two similar incidents may suffice to constitute a pattern (*R. v. Langevin* (1984), 45 O.R. (2d) 705 (C.A.), at p. 717). For sexual offences, a single conviction can give rise to a dangerous offender designation (s. 753(1)(b)). In short, s. 753(1) does not exclusively catch highly dangerous and morally blameworthy offenders.

[103] Furthermore, s. 753(1) is mandatory — the sentencing judge *must* designate the offender as dangerous if the legislative criteria are met. In contrast, the 1977 and 1997 versions of the legislation provided judicial discretion at the designation stage. This ensured that sentencing principles in the *Criminal Code* guided designation decisions (*Johnson*, at paras. 28-34). Judicial discretion required sentencing judges to “step back and reassess” whether a dangerous offender designation was truly warranted when the designation criteria were met (*R. v. Neve*, 1999 ABCA 206, 137 C.C.C. (3d) 97, at para. 229). In *Lyons*, this Court cited this discretion as a key reason that the legislation did not lead to cruel and unusual punishment (pp. 337-38). As this Court later recognized in *Johnson*, “the discretion helped ensure the dangerous offender provisions’ constitutionality”

infractions d’agression sexuelle — sans égard à l’importance du préjudice causé — constituent des sévices graves à la personne (al. 752b)). Par conséquent, dans certains cas, le régime des délinquants dangereux permet que soit imposé ce qui, dans les faits, constitue une peine d’emprisonnement à perpétuité même lorsque celle-ci excède de beaucoup la peine maximale que prévoit normalement le *Code criminel* pour l’infraction sous-jacente.

[102] Les autres critères de déclaration de délinquant dangereux que l’on trouve au par. 753(1) sont eux aussi assez généraux. La déclaration de culpabilité pour sévices graves à la personne emportera déclaration de délinquant dangereux si le délinquant constitue un danger pour le « bien-être physique ou mental de qui que ce soit » et que l’infraction s’inscrit dans une série d’actes répétitifs qui démontrent que le délinquant est incapable de contrôler ses actes et causera vraisemblablement des sévices à d’autres personnes (sous-al. 753(1)a(i)). Les sévices futurs ne doivent pas nécessairement être des sévices graves. En outre, deux incidents similaires pourraient suffire pour constituer une répétition (*R. c. Langevin* (1984), 45 O.R. (2d) 705 (C.A.), p. 717). En ce qui concerne les infractions de nature sexuelle, une seule déclaration de culpabilité peut donner lieu à une déclaration de délinquant dangereux (al. 753(1)b)). Bref, le par. 753(1) ne vise pas exclusivement les délinquants très dangereux et moralement blâmables.

[103] Par ailleurs, le par. 753(1) est impératif — le juge de la peine *doit* déclarer le délinquant dangereux s’il est satisfait aux critères législatifs. À l’inverse, les versions de 1977 et de 1997 de la loi conféraient au juge un pouvoir discrétionnaire à l’étape de la déclaration de délinquant dangereux. Elles faisaient ainsi en sorte que les principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel* fondent les décisions relatives à la déclaration de délinquant dangereux (*Johnson*, par. 28-34). Du fait qu’il détenait un pouvoir discrétionnaire, le juge de la peine était appelé [TRADUCTION] « à prendre un certain recul et à se poser à nouveau la question de savoir » si la déclaration de délinquant dangereux était véritablement justifiée lorsqu’il était satisfait aux critères relatifs à cette déclaration (*R. c. Neve*, 1999 ABCA 206, 137 C.C.C. (3d) 97, par. 229). Dans l’arrêt *Lyons*, notre Cour a

(para. 36). It helped guarantee that designations were made based on “accepted standards of rationality and proportionality” rather than “on the basis of rigid classifications” (*Neve*, at para. 228).

[104] Since the legislative change from “may” to “shall” in s. 753(1) of the *Criminal Code* was implemented, the number of designated dangerous offenders has risen.<sup>2</sup> Indeed, with the 2008 changes, Parliament intended to capture a broader group of offenders (*R. v. Szostak*, 2014 ONCA 15, 118 O.R. (3d) 401, at para. 54; *R. v. Shea*, 2017 NSCA 43, 349 C.C.C. (3d) 231, at para. 16). Of course, not all designated dangerous offenders will be sentenced to indeterminate detention. But s. 753(1) creates a broad pool of offenders who may be subjected to this extreme sanction. Furthermore, the vast majority of dangerous offenders are currently serving indeterminate sentences.<sup>3</sup>

(2) Section 753(4)

[105] Once an offender has been designated as dangerous, the sentencing judge has discretion to determine the appropriate sentence under s. 753(4):

<sup>2</sup> According to statistics relied on by the Attorney General of Canada in this appeal, there were 394 dangerous offenders in 2008 (2.8 percent of the total federal inmate population). That number rose to 622 dangerous offenders in 2015 (3.9 percent of the total federal inmate population) (Canada, Public Safety Canada Portfolio Corrections Statistics Committee, *Corrections and Conditional Release Statistical Overview* (2008 and 2015 Annual Reports)). While the number of dangerous offenders designated per year ranged from 3 to 28 between 1978 and 2008, those numbers have since increased, peaking at 65 in 2015 (2016 Annual Report).

<sup>3</sup> At the end of fiscal year 2015-2016, 86 percent of the dangerous offenders under the responsibility of Correctional Service Canada were serving indeterminate sentences (2016 Annual Report).

dit de ce pouvoir discrétionnaire qu’il était la principale raison pour laquelle la loi ne menait pas à une peine cruelle et inusitée (p. 337-338). Ainsi que notre Cour l’a reconnu par la suite dans l’arrêt *Johnson*, « ce pouvoir discrétionnaire contribuait à la constitutionnalité du régime applicable aux délinquants dangereux » (par. 36). Il a permis de garantir que les déclarations de délinquant dangereux soient faites sur le fondement de « normes reconnues de rationalité et de proportionnalité » plutôt que « sur le fondement de classifications rigides » (*Neve*, par. 228).

[104] Depuis que le terme « peut » a été remplacé par « doit » au par. 753(1) du *Code criminel*, le nombre de délinquants déclarés dangereux a augmenté<sup>2</sup>. En effet, par la voie des modifications apportées en 2008, le législateur souhaitait viser un groupe plus large de délinquants (*R. c. Szostak*, 2014 ONCA 15, 118 O.R. (3d) 401, par. 54; *R. c. Shea*, 2017 NSCA 43, 349 C.C.C. (3d) 231, par. 16). Bien entendu, les délinquants déclarés dangereux ne seront pas tous condamnés à purger une peine de détention pour une période indéterminée, mais il reste que le par. 753(1) crée un vaste bassin de délinquants susceptibles de se voir imposer cette sanction extrême. En outre, la grande majorité des délinquants dangereux purgent actuellement des peines pour une période indéterminée<sup>3</sup>.

(2) Paragraphe 753(4)

[105] Dès que le délinquant a été déclaré délinquant dangereux, le juge a le pouvoir discrétionnaire de déterminer la peine appropriée en vertu du par. 753(4) :

<sup>2</sup> D’après les statistiques invoquées par le procureur général du Canada dans le présent pourvoi, il y avait 394 délinquants dangereux en 2008 (2,8 pour 100 de la population totale des pénitenciers fédéraux). Ce nombre est passé à 622 en 2015 (3,9 pour 100 de la population totale des pénitenciers fédéraux) (Canada, Comité de la statistique correctionnelle du portefeuille ministériel de Sécurité publique Canada, *Aperçu statistique : Le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (rapports annuels de 2008 et de 2015)). Le nombre de délinquants déclarés dangereux se situait entre 3 et 28 par année entre 1978 et 2008, mais ces chiffres ont depuis connu une hausse et ont atteint un sommet (65) en 2015 (rapport annuel de 2016).

<sup>3</sup> À la clôture de l’exercice financier 2015-2016, 86 pour 100 des délinquants dangereux sous la responsabilité du Service correctionnel du Canada purgeaient une peine de détention pour une période indéterminée (rapport annuel de 2016).



(4) If the court finds an offender to be a dangerous offender, it shall

(a) impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period;

(b) impose a sentence for the offence for which the offender has been convicted — which must be a minimum punishment of imprisonment for a term of two years — and order that the offender be subject to long-term supervision for a period that does not exceed 10 years; or

(c) impose a sentence for the offence for which the offender has been convicted.

[106] The sentencing judge’s discretion under s. 753(4) must be guided by the relevant sentencing principles and purposes in the *Criminal Code* (see *Johnson*, at para. 23). The predominant purpose of the dangerous offender scheme is public protection, and this must be respected in the sentencing judge’s choice under s. 753(4) (*Johnson*, at para. 29; *Lyons*, at p. 329; *Steele*, at para. 29; *Criminal Code*, s. 718(c)).

[107] While public safety is the predominant objective of the dangerous offender scheme, the fundamental principle of sentencing — proportionality — must guide the sentencing judge’s discretion in selecting the appropriate penalty for a dangerous offender. This principle is set out in s. 718.1 of the *Criminal Code*: “A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.” Proportionality is “the *sine qua non* of a just sanction” (*R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at paras. 36-37). “It is grounded in elemental notions of justice and fairness, and is indispensable to the public’s confidence in the justice system” (*R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180, at para. 70). Proportionality reconciles the disparate sentencing goals of the *Criminal Code*: “Whatever weight a judge may wish to accord to the various objectives and other principles listed in the *Code*, the resulting sentence must respect the fundamental principle of proportionality” (*Ipeelee*, at para. 37; *R. v.*

(4) S’il déclare que le délinquant est un délinquant dangereux, le tribunal :

a) soit lui inflige une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée;

b) soit lui inflige une peine minimale d’emprisonnement de deux ans pour l’infraction dont il a été déclaré coupable et ordonne qu’il soit soumis, pour une période maximale de dix ans, à une surveillance de longue durée;

c) soit lui inflige une peine pour l’infraction dont il a été déclaré coupable.

[106] Le pouvoir discrétionnaire que le par. 753(4) confère au juge de la peine doit être exercé conformément aux principes et aux objectifs de détermination de la peine pertinents qui sont énoncés dans le *Code criminel* (voir *Johnson*, par. 23). L’objectif prédominant du régime des délinquants dangereux est la protection du public, et le juge de la peine doit respecter cet objectif lorsqu’il exerce le choix que lui donne le par. 753(4) (*Johnson*, par. 29; *Lyons*, p. 329; *Steele*, par. 29; *Code criminel*, al. 718c)).

[107] Même si la sécurité du public est l’objectif prédominant du régime des délinquants dangereux, le principe fondamental de la détermination de la peine — la proportionnalité — doit guider le juge dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de sélectionner la peine qui convient à un délinquant dangereux en particulier. Ce principe est énoncé à l’art. 718.1 du *Code criminel* : « La peine est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. » La proportionnalité représente « la condition *sine qua non* d’une sanction juste » (*R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 36-37). « Elle est enracinée dans les notions élémentaires que sont la justice et l’équité et elle est indispensable à la confiance du public dans le système de justice » (*R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180, par. 70). La proportionnalité fait le lien entre les objectifs divers de la détermination de la peine qui sont fixés dans le *Code criminel* : « Quel que soit le poids qu’un juge souhaite accorder aux

*Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at para. 40; see also *Nur*, at para. 42).

[108] If the offender is an Indigenous person, *Gladue* principles are important in crafting a proportionate sentence. Indigenous persons are greatly overrepresented in prisons and especially in the dangerous offender population (Canada, Public Safety Canada Portfolio Corrections Statistics Committee, *Corrections and Conditional Release Statistical Overview* (2015 Annual Report), at p. 107). This Court has recognized that racism, colonialism, and intergenerational trauma inform this disturbing statistic (*R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at para. 58; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 65; *Ipeelee*, at para. 61). Through s. 718.2(e) of the *Criminal Code*, Parliament has directed sentencing judges to pay particular attention to the circumstances of Indigenous offenders. This recognizes that the systemic disadvantages and marginalization faced by Indigenous people inform moral blameworthiness and therefore the proportionality of sentences for Indigenous offenders (*Ipeelee*, at para. 73). In *Gladue*, this Court interpreted s. 718.2(e) as requiring sentencing judges to consider the following principles in sentencing decisions for Indigenous offenders:

- (A) The unique systemic or background factors which may have played a part in bringing the particular aboriginal offender before the courts; and
- (B) The types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular aboriginal heritage or connection. [para. 66]

[109] The sentencing judge must also be guided by the principle of restraint (s. 718.2(d) and (e)) in sentencing a dangerous offender. This principle

différents objectifs et aux autres principes énoncés dans le *Code*, la peine qu'il inflige doit respecter le principe fondamental de proportionnalité » (*Ipeelee*, par. 37; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 40; voir aussi *Nur*, par. 42).

[108] Si le délinquant est un Autochtone, les principes de *Gladue* jouent un rôle important dans l'établissement d'une peine proportionnée. Les Autochtones sont largement surreprésentés dans les prisons et surtout au sein de la population des délinquants dangereux (Canada, Comité de la statistique correctionnelle du portefeuille ministériel de Sécurité publique Canada, *Aperçu statistique : Le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (Rapport annuel de 2015), p. 107). Notre Cour a reconnu que cette statistique troublante est le fruit du racisme, du colonialisme et du traumatisme intergénérationnel (*R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 58; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 65; *Ipeelee*, par. 61). Au moyen de l'al. 718.2e) du *Code criminel*, le législateur contraint le juge de la peine à porter une attention particulière à la situation des délinquants autochtones. Il reconnaît ainsi que les désavantages systémiques et la marginalisation auxquels doivent faire face les Autochtones mettent en lumière leur culpabilité morale et, partant, la proportionnalité des peines qui sont infligées aux délinquants autochtones (*Ipeelee*, par. 73). Dans l'arrêt *Gladue*, notre Cour a conclu que l'al. 718.2e) enjoint au juge de la peine de prendre en considération les principes suivants dans la détermination de la peine à imposer aux délinquants autochtones :

- (A) les facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être une des raisons pour lesquelles le délinquant autochtone se retrouve devant les tribunaux;
- (B) les types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l'égard du délinquant en raison de son héritage ou de ses attaches autochtones. [par. 66]

[109] Le juge de la peine doit s'inspirer également du principe de la modération (al. 718.2d) et e)) lorsqu'il détermine la peine à imposer à un

“dictate[s] that a judge ought to impose an indeterminate sentence only in those instances in which there does not exist less restrictive means by which to protect the public adequately from the threat of harm” (*Johnson*, at para. 29).

(3) Section 753(4.1)

[110] These objectives and principles guide sentencing judges in selecting the appropriate sentence under s. 753(4). However, s. 753(4.1) significantly curtails judicial discretion at the penalty stage:

(4.1) The court shall impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period unless it is satisfied by the evidence adduced during the hearing of the application that there is a reasonable expectation that a lesser measure under paragraph (4)(b) or (c) will adequately protect the public against the commission by the offender of murder or a serious personal injury offence.

[111] Section 753(4.1) imposes indeterminate detention unless the sentencing judge is satisfied that there is a reasonable expectation that a lesser measure is adequate for public protection. In assessing whether a lesser measure “will adequately protect the public against the commission by the offender of murder or a serious personal injury offence”, sentencing judges must consider both the *level* of the risk presented by the offender and the *nature* of the harm the offender is likely to cause. The specific reference to murder in s. 753(4.1) suggests that indeterminate detention should only be imposed in cases where the offender’s risk is expected to manifest itself in the most severe forms of serious personal injury offences. For example, if there is a high risk that the offender will commit another serious personal injury offence, but this offence is not likely to involve significant violence (e.g. criminal harassment, obstruction of justice), s. 753(4.1) does not necessarily mandate indeterminate detention. Indeed, the principle of restraint bars sentencing judges from imposing indeterminate detention on offenders who are not likely to commit very serious crimes in the future (see *Johnson*, at para. 40). As

délinquant dangereux. Ce principe « exig[e] [. . .] que le tribunal n’inflige une peine de détention d’une durée indéterminée que dans les cas où d’autres moyens moins contraignants ne permettent pas de protéger adéquatement le public contre le risque de préjudice » (*Johnson*, par. 29).

(3) Paragraphe 753(4.1)

[110] Ces objectifs et principes guident le juge dans la sélection de la peine appropriée en vertu du par. 753(4). Toutefois, le par. 753(4.1) restreint sensiblement le pouvoir discrétionnaire du juge à l’étape de la sanction :

(4.1) Le tribunal inflige une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée sauf s’il est convaincu, sur le fondement des éléments mis en preuve lors de l’audition de la demande, que l’on peut vraisemblablement s’attendre à ce que le fait d’infliger une mesure moins sévère en vertu des alinéas (4)b) ou c) protège de façon suffisante le public contre la perpétration par le délinquant d’un meurtre ou d’une infraction qui constitue des sévices graves à la personne.

[111] Le paragraphe 753(4.1) impose une peine de détention pour une période indéterminée à moins que le juge de la peine ne soit convaincu que l’on peut vraisemblablement s’attendre à ce qu’une mesure moins sévère protège le public de façon suffisante. Afin de déterminer si une mesure moins sévère « protège de façon suffisante le public contre la perpétration par le délinquant d’un meurtre ou d’une infraction qui constitue des sévices graves à la personne », le juge doit prendre en compte et le *niveau* du risque que présente le délinquant et la *nature* du préjudice que le délinquant causera vraisemblablement. La mention explicite du meurtre au par. 753(4.1) porte à croire que la peine de détention pour une période indéterminée ne devrait être imposée que dans les cas où l’on s’attend à ce que le risque que représente le délinquant se manifeste dans les formes les plus critiques de sévices graves à la personne. Ainsi, s’il existe un risque élevé que le délinquant commette une autre infraction qui constitue des sévices graves à la personne, mais que cette infraction n’impliquera vraisemblablement aucune grande violence (p. ex. harcèlement criminel, entrave à la justice), le par. 753(4.1) ne commande

discussed above, serious personal injury offences include offences that do not involve serious violence. The question a sentencing judge must ask in applying s. 753(4.1) is this: Does this offender, due to the level of the risk and the nature of future harm likely to be caused, fall within the small group of truly dangerous offenders who must be imprisoned indefinitely in order to protect the public?

[112] I agree with Mr. Boutilier that s. 753(4.1) prevents sentencing judges from imposing appropriate sentences on dangerous offenders in some cases. This provision imposes indeterminate detention on some offenders for whom this sentence is unfit in light of all the sentencing principles and the public protection objective of the scheme. This is because s. 753(4.1) mandates indeterminate detention even where it is disproportionate to the offender's degree of responsibility and the gravity of the predicate offence. And, given the legislative changes since *Lyons*, no judicial discretion is available to preclude such a sentence.

[113] While proportionality — the fundamental principle of sentencing — obviously governs under s. 753(4), it is not reflected in the s. 753(4.1) public safety threshold. Section 753(4.1) is imperative — if there is not a reasonable expectation that the public will be adequately protected against the commission of another serious personal injury offence, indeterminate detention must be imposed, *even if* this sentence is disproportionate to the gravity of the predicate offence and the offender's degree of responsibility. Like mandatory minimum sentencing provisions, s. 753(4.1) overrides the fundamental principle of sentencing. It “function[s] as a blunt

pas nécessairement une peine de détention pour une période indéterminée. En fait, le principe de la modération empêche le juge d'imposer cette peine aux délinquants qui ne commettront vraisemblablement pas des crimes très graves à l'avenir (voir *Johnson*, par. 40). Tel qu'il est indiqué précédemment, les sévices graves à la personne incluent des infractions qui ne comportent aucune violence grave. La question que le juge de la peine doit se poser lorsqu'il applique le par. 753(4.1) est celle-ci : en raison du niveau de risque qu'il présente et de la nature des sévices qu'il pourrait vraisemblablement causer à l'avenir, le délinquant appartient-il au groupe restreint de délinquants véritablement dangereux que l'on doit incarcérer pour une durée indéterminée afin de protéger le public?

[112] J'estime, comme M. Boutilier, que le par. 753(4.1) empêche le juge d'infliger la peine qui convient aux délinquants dangereux dans certains cas. Cette disposition impose une détention pour une période indéterminée à certains délinquants pour qui cette peine est injuste compte tenu de tous les principes de détermination de la peine et de l'objectif de protection du public que vise le régime. En effet, le par. 753(4.1) emporte une peine de détention pour une période indéterminée même lorsque celle-ci est disproportionnée au degré de responsabilité du délinquant et à la gravité de l'infraction sous-jacente. Et, compte tenu des modifications législatives apportées depuis l'arrêt *Lyons*, le juge ne possède aucun pouvoir discrétionnaire lui permettant d'écarter une telle peine.

[113] Si la proportionnalité — le principe fondamental de la détermination de la peine — joue manifestement un rôle de premier plan au par. 753(4), le critère de la sécurité du public au par. 753(4.1) n'en fait cependant pas état. D'ailleurs, le par. 753(4.1) est impératif — si l'on ne peut vraisemblablement s'attendre à ce que le public soit suffisamment protégé contre la perpétration d'une autre infraction qui constitue des sévices graves à la personne, le juge doit imposer une peine de détention pour une période indéterminée, *même si* cette peine est disproportionnée à la gravité de l'infraction sous-jacente et au degré de responsabilité du

instrument that may deprive courts of the ability to tailor proportionate sentences” (see *Nur*, at para. 44).

[114] Given the severity of indeterminate detention, this sentence will only be proportionate when the offender is very blameworthy and the offence is quite grave. Apart perhaps from life imprisonment, an indeterminate sentence is the harshest sanction available under the *Criminal Code*. Testimony in a recent case indicated that only 4-5 percent of dangerous offenders are ever released on parole (*R. v. Walsh*, 2017 BCCA 195, 348 C.C.C. (3d) 1, at para. 22). In addition, they are viewed as low priority for placement in treatment programs in prison, contributing to their poor prospects for rehabilitation and release (*ibid.*; *R. v. Payne* (2001), 41 C.R. (5th) 156 (Ont. Sup. Ct.)). In effect, an indeterminate sentence amounts “to a life sentence with little chance of parole” (*Walsh*, at para. 22). This Court has characterized the effects of indeterminate detention as “profoundly devastating” (*Lyons*, at p. 339).

[115] The respondent, the Crown in right of British Columbia, asserts that subs. (1), (4) and (4.1) of s. 753 “embody the proportionality principle” and the dangerous offender scheme mandates indeterminate detention only when it is consistent with the sentencing principles. Similarly, my colleague Côté J. says s. 753(4.1) sets out the inevitable application of the sentencing principles for an offender who has been designated as dangerous. If this is correct, s. 753(4.1) would be redundant in light of s. 753(4). In any event, I cannot agree.

délinquant. À l’instar des dispositions sur la peine minimale obligatoire, le par. 753(4.1) l’emporte sur le principe fondamental de la détermination de la peine. « Implacable, [ce paragraphe] est susceptible d’empêcher le tribunal d’arrêter une peine proportionnelle » (voir *Nur*, par. 44).

[114] Étant donné sa gravité, la peine de détention pour une période indéterminée ne sera proportionnée que dans les cas où la conduite du délinquant est hautement blâmable et l’infraction très grave. Mis à part peut-être l’emprisonnement à perpétuité, la peine de détention pour une période indéterminée est la peine la plus sévère que prévoit le *Code criminel*. D’après les témoignages qui ont été entendus dans une affaire récente, seulement 4-5 pour 100 des délinquants dangereux bénéficient d’une libération conditionnelle (*R. c. Walsh*, 2017 BCCA 195, 348 C.C.C. (3d) 1, par. 22). En outre, ils sont considérés comme étant une faible priorité aux fins d’inscription aux programmes de traitement offerts en prison, ce qui contribue à leurs faibles perspectives de réadaptation et de libération (*ibid.*; *R. c. Payne* (2001), 41 C.R. (5th) 156 (C. sup. Ont.)). Dans les faits, la peine de détention pour une période indéterminée équivaut [TRADUCTION] « à une peine d’emprisonnement à perpétuité assortie d’une faible possibilité de libération conditionnelle » (*Walsh*, par. 22). Notre Cour a qualifié de « profondément bouleversants » (*Lyons*, p. 339) les effets de la peine de détention pour une période indéterminée.

[115] L’intimée, la Couronne du chef de la Colombie-Britannique, fait valoir que les par. (1), (4) et (4.1) de l’art. 753 [TRADUCTION] « posent le principe de la proportionnalité » et que le régime des délinquants dangereux commande une peine de détention pour une période indéterminée uniquement lorsque celle-ci est conforme aux principes de détermination de la peine. De même, ma collègue la juge Côté affirme que le par. 753(4.1) prévoit l’application inévitable des principes de détermination de la peine à l’égard du délinquant qui a été déclaré dangereux. Si cela est exact, le par. 753(4.1) serait redondant à la lumière du par. 753(4). Quoi qu’il en soit, je ne peux être d’accord à cet égard.

[116] Proportionality is the governing principle in sentencing — s. 718.1 says that a sentence *must* be proportionate to the gravity of the offence and the offender’s degree of responsibility. Outside the dangerous offender scheme, sentencing judges cannot impose a disproportionate sentence in the name of public protection. But once an offender is designated as dangerous, they are sometimes required to.

[117] The offender’s degree of responsibility is not reflected in the s. 753(4.1) public safety threshold (see *R. v. Radcliffe*, 2017 ONCA 176, 347 C.C.C. (3d) 3, at para. 57; *R. v. B. (D.V.)*, 2010 ONCA 291, 100 O.R. (3d) 736, at para. 80, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. vii). And given the broad definition of serious personal injury offences (which, despite their name, need not necessarily entail serious injury), indeterminate detention will be disproportionate to the gravity of the offence for many offenders who meet the designation criteria. But a sentencing judge is required to impose indeterminate detention on offenders whose moral blameworthiness is limited if the public safety threshold in s. 753(4.1) is not met, even if this sentence is inconsistent with *Gladue* principles.

[118] Of course, Parliament is entitled “to identify those offenders who, in the interests of protecting the public, ought to be sentenced according to considerations which are not entirely reactive or based on a ‘just deserts’ rationale” (*Lyons*, at pp. 328-29), truly dangerous individuals who should receive a sentence which “is partly punitive but is mainly imposed for the protection of the public” (*Lyons*, at p. 329, quoting *Re Moore and the Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (Ont. H.C.)). Parliament can dictate that public protection, which is recognized as a sentencing objective in s. 718(c), is an enhanced objective for dangerous offenders (see *Lyons*, at p. 329). But s. 12 of the *Charter* limits this power. While Parliament can impose sentences that depart from the principle of proportionality, grossly disproportionate sentences are unconstitutional (*Safarzadeh-Markhali*, at

[116] La proportionnalité est le principe directeur de la détermination de la peine — l’art. 718.1 prescrit qu’une peine *doive* être proportionnée à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. En dehors du cadre du régime des délinquants dangereux, le juge ne peut imposer une peine disproportionnée au nom de la protection du public. En revanche, si le délinquant est déclaré dangereux, le juge n’a parfois d’autre choix que de le faire.

[117] Le critère de la sécurité du public énoncé au par. 753(4.1) ne tient pas compte du degré de responsabilité du délinquant (voir *R. c. Radcliffe*, 2017 ONCA 176, 347 C.C.C. (3d) 3, par. 57; *R. c. B. (D.V.)*, 2010 ONCA 291, 100 O.R. (3d) 736, par. 80, autorisation d’appel refusée, [2011] 3 R.C.S. vii). Et étant donné la large définition des infractions constituant des sévices graves à la personne (qui, en dépit de leur nom, ne doivent pas nécessairement occasionner de graves blessures), la détention pour une période indéterminée sera disproportionnée à la gravité de l’infraction pour de nombreux délinquants qui satisfont aux critères relatifs à la déclaration de délinquant dangereux. Toutefois, le juge est tenu d’imposer une peine de détention pour une période indéterminée aux délinquants dont la culpabilité morale est limitée s’il n’est pas satisfait au critère de la sécurité du public prévu au par. 753(4.1), même si cette peine n’est pas conforme aux principes énoncés dans l’arrêt *Gladue*.

[118] Évidemment, le législateur a le droit d’« identif[ie] les délinquants dont la peine devrait, dans l’intérêt de la protection du public, être établie en fonction de facteurs qui ne sont pas entièrement réactifs ou fondés sur le principe du “châtiment mérité” » (*Lyons*, p. 328-329), les individus véritablement dangereux qui devraient écopier d’une peine qui « est punitive en partie, mais qui vise surtout à protéger le public » (*Lyons*, p. 329, citant *Re Moore and the Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (H.C. Ont.)). Le législateur peut prescrire que la protection du public, reconnue comme étant un objectif de la détermination de la peine à l’al. 718c), est un objectif plus important en ce qui concerne les délinquants dangereux (voir *Lyons*, p. 329). L’article 12 de la *Charte* limite toutefois ce pouvoir. Bien que le législateur puisse imposer des peines qui dérogent

para. 73). Moral blameworthiness is the bedrock of our criminal law tradition, and it has been since long before the principle of proportionality in sentencing was codified in 1995 (*Ipeelee*, at para. 36). The *Charter* thus ensures that Canada does not come to resemble Philip K. Dick's *Minority Report*, a frightening dystopia in which citizens who have done no wrong are arrested for crimes they are predicted to commit.

[119] Section 753(4.1) may also preclude a sentence that respects the principle of restraint. This provision resolves any uncertainty about the offender's amenability to treatment in favour of indeterminate detention (*R. v. R.S.*, 2016 ONSC 7767, at paras. 51 and 102 (CanLII)). Section 753(4.1) creates a presumption for an indeterminate sentence that is only rebuttable by "evidence adduced during the hearing". The Crown will often know about the existence of community-based supervision programs, but it is not required to lead evidence on this point, and if no relevant evidence is provided to the court, the appropriate sentence is an indeterminate one (*Radcliffe*, at para. 58; *R. v. Smarch*, 2015 YKCA 13, 374 B.C.A.C. 280, at para. 48). As one of the interveners, the Yukon Legal Services Society, points out, the absence of evidence that suitable community supervision programs exist is sometimes attributable to an offender's limited resources or the lack of programming in a particular community, rather than to the inability to manage the offender's risk.

[120] In short, the mandatory designation stage in the dangerous offender scheme, which captures a broad group of offenders, combined with the narrow, structured discretion at the penalty stage, has created a legislative context that fails to ensure offenders are only sentenced to indeterminate incarceration if this sentence is appropriate. While judicial discretion in sentencing is not a general constitutional imperative, Parliament cannot curtail this discretion in a manner

au principe de la proportionnalité, les peines exagérément disproportionnées sont inconstitutionnelles (*Safarzadeh-Markhali*, par. 73). La culpabilité morale est l'assise de notre tradition de droit criminel, et elle l'est depuis bien avant que le principe de la proportionnalité dans la détermination de la peine ait été codifié en 1995 (*Ipeelee*, par. 36). La *Charte* empêche donc le Canada de ressembler à la société dépeinte dans *Minority Report*, de Philip K. Dick, une dystopie terrifiante dans laquelle des citoyens n'ayant absolument rien à se reprocher sont arrêtés pour des crimes dont on a prédit la perpétration.

[119] Le paragraphe 753(4.1) pourrait aussi fermer la porte à une peine qui respecte le principe de la modération. Cette disposition dissipe toute incertitude au sujet de l'aptitude du délinquant à répondre au traitement en faveur d'une détention pour une période indéterminée (*R. c. R.S.*, 2016 ONSC 7767, par. 51 et 102 (CanLII)). Le paragraphe 753(4.1) crée une présomption en faveur d'une peine de détention pour une période indéterminée qui ne peut être réfutée qu'au moyen d'« éléments mis en preuve lors de l'audition ». La Couronne connaît souvent l'existence de programmes de surveillance dans la collectivité, mais elle n'est pas tenue de produire une preuve à cet égard, et si aucune preuve pertinente n'est produite devant le tribunal, la peine appropriée est la détention pour une période indéterminée (*Radcliffe*, par. 58; *R. c. Smarch*, 2015 YKCA 13, 374 B.C.A.C. 280, par. 48). En sa qualité d'intervenante, la Société d'aide juridique du Yukon signale que l'absence d'une preuve de l'existence de programmes de surveillance adéquats dans la collectivité est parfois imputable aux ressources limitées d'un délinquant ou au manque de programmes dans une collectivité en particulier, plutôt qu'à l'incapacité de gérer le risque que présente le délinquant.

[120] Bref, l'étape de la déclaration obligatoire dans le régime des délinquants dangereux, qui vise un large groupe de délinquants, combinée au pouvoir discrétionnaire limité et structuré à l'étape de la sanction, a créé un contexte législatif qui ne permet pas de voir à ce que les délinquants n'écopent d'une peine de détention pour une période indéterminée que si cette peine est appropriée. Bien que le pouvoir discrétionnaire du juge au chapitre

that requires judges to impose grossly disproportionate sentences.

[121] Given the design of the dangerous offender scheme, it is not difficult to foresee circumstances where s. 753(4.1) will impose grossly disproportionate sentences. This may happen notably where the gravity of the predicate offence is on the low end of the spectrum and the offender's degree of responsibility is minimal. The indeterminate detention of such offenders is particularly troubling if their risk will likely manifest itself in crimes that fall on the lower end of the "serious personal injury offence" spectrum.

[122] On the low end of the spectrum, serious personal injury offences include criminal harassment and obstruction of justice. They can also include robbery where the victim is threatened, but the offender does not have a weapon and no one is injured (*Steele*). If an offender commits one of these offences twice, a pattern may be established. If the Crown seeks this designation and there is a likelihood that the offender will cause injury or severe psychological damage in the future, the offender must be designated as dangerous. At the penalty stage, if no evidence of community supervision programs is presented, or if it is unknown whether the offender will be amenable to treatment, s. 753(4.1) mandates indeterminate detention.

[123] These offenders must be imprisoned indefinitely, regardless of their degree of responsibility. The fact that an offender is youthful, has pled guilty (as in this case), or commits crimes due to developmental disability (*R. v. Goodwin*, 2002 BCCA 513, 168 C.C.C. (3d) 14) or addiction (as in this case) has no bearing in the s. 753(4.1) analysis or on

de la détermination de la peine ne constitue pas une obligation constitutionnelle générale, le législateur ne peut pas restreindre ce pouvoir discrétionnaire de manière à obliger un juge à imposer des peines exagérément disproportionnées.

[121] Étant donné la conception du régime des délinquants dangereux, il n'est pas difficile de prévoir des situations où le par. 753(4.1) donnera lieu à l'imposition de peines exagérément disproportionnées. Cela pourrait se produire notamment dans les cas où la gravité de l'infraction sous-jacente figure à l'extrémité inférieure du spectre et où le degré de responsabilité du délinquant est minimal. La détention pour une période indéterminée de tels délinquants est particulièrement troublante si le risque qu'ils présentent se manifestera vraisemblablement sous forme de crimes se situant à l'extrémité inférieure du spectre des « sévices graves à la personne ».

[122] À l'extrémité inférieure du spectre, les infractions qui constituent des sévices graves à la personne incluent le harcèlement criminel et l'entrave à la justice. Elles peuvent inclure aussi le vol qualifié au cours duquel la victime est menacée, même si le délinquant n'est pas armé, et au terme duquel personne ne subit de blessure (*Steele*). Si un délinquant commet l'une de ces infractions à deux reprises, il est alors possible d'établir une répétition d'actes. Si la Couronne demande que ce dernier soit déclaré dangereux et qu'il est vraisemblable que le délinquant cause des blessures ou des dommages psychologiques graves à l'avenir, le délinquant doit être déclaré tel. À l'étape de la sanction, si aucune preuve relative à l'existence de programmes de surveillance dans la collectivité n'est produite, ou l'on ne sait pas si le délinquant répondra au traitement, le par. 753(4.1) commande une détention pour une période indéterminée.

[123] Ces délinquants doivent être incarcérés pour une période indéterminée, peu importe leur degré de responsabilité. Le fait qu'un délinquant est jeune, qu'il a plaidé coupable (comme en l'espèce), ou qu'il commet des crimes en raison d'une déficience développementale (*R. c. Goodwin*, 2002 BCCA 513, 168 C.C.C. (3d) 14) ou d'une dépendance (comme



designation decisions. Addiction is often linked to poverty and childhood abuse, and while these experiences speak to the offender's moral blameworthiness (*Ipeelee*, at para. 73), they are irrelevant under s. 753(4.1). Such life experiences are not rare. Criminal courts in this country are tragically filled with offenders whose crimes are linked to the disease of addiction and the consequences of marginalization.

[124] If the dangerous offender is an Indigenous person, systemic factors that may have contributed to bringing him or her before the courts, such as the roots of the offender's criminality in intergenerational trauma, cannot be considered in the s. 753(4.1) analysis, even though Parliament has expressly directed sentencing judges to consider these factors for Indigenous offenders (see *Radcliffe*, at para. 63; s. 718.2(e)). This is particularly concerning because there is no judicial discretion at the designation stage, and because Indigenous offenders are significantly overrepresented in the dangerous offender population.

[125] Offenders sentenced to indefinite imprisonment receive low priority for treatment programs in prison, and there is no assurance of addiction treatment before the first Parole Board review seven years after they enter custody (s. 761(1)). Further, the possibility of parole has no bearing on the constitutionality of the challenged provision. In the words of the Chief Justice in *Nur*, “[t]he discretionary decision of the [P]arole [B]oard is no substitute for a constitutional law” (para. 98).

en l'espèce) n'a aucune incidence sur l'analyse relative au par. 753(4.1) ou sur des décisions relatives à la déclaration de délinquant dangereux. La dépendance est souvent liée à la pauvreté et à des mauvais traitements subis pendant l'enfance, et si ces expériences témoignent de la culpabilité morale du délinquant (*Ipeelee*, par. 73), elles n'ont cependant aucune pertinence du point de vue du par. 753(4.1). De tels vécus ne sont pas rares. Les tribunaux criminels de notre pays sont malheureusement remplis de délinquants dont les crimes sont liés à la dépendance, une maladie, et aux conséquences de la marginalisation.

[124] Si le délinquant dangereux est un Autochtone, les facteurs systémiques qui pourraient avoir contribué à l'amener devant les tribunaux, comme l'origine de la criminalité du délinquant dans le traumatisme intergénérationnel, ne peuvent être pris en considération dans l'analyse fondée sur le par. 753(4.1), même si le législateur a expressément ordonné au juge de la peine de prendre ces facteurs en considération dans le cas des délinquants autochtones (voir *Radcliffe*, par. 63; al. 718.2e)). Cela est particulièrement préoccupant étant donné que le juge ne possède aucun pouvoir discrétionnaire à l'étape de la déclaration de délinquant dangereux, et que les délinquants autochtones sont nettement sur-représentés au sein de la population des délinquants dangereux.

[125] Les délinquants condamnés à purger une peine de détention pour une période indéterminée se voient accorder une faible priorité au chapitre des programmes de traitement offerts en prison, et il n'existe aucune garantie de traitement pour toxicomanie avant le premier examen par la Commission des libérations conditionnelles sept ans après leur entrée en milieu carcéral (par. 761(1)). En outre, la possibilité d'une libération conditionnelle n'a aucune incidence sur la constitutionnalité de la disposition contestée. Pour reprendre les termes de la Juge en chef dans l'arrêt *Nur*, « [l]a décision discrétionnaire de la [C]ommission des libérations conditionnelles ne saurait se substituer à une loi constitutionnelle » (par. 98).

[126] By including full discretion at the designation stage (under the 1997 scheme) and at both the designation and penalty stages (under 1977 scheme), previous versions of the dangerous offender scheme ensured that sentencing judges were not required to impose grossly disproportionate sentences on dangerous offenders (*Johnson*, at paras. 28 and 34). Thus in *Neve*, which was decided under the 1977 scheme, the Alberta Court of Appeal overturned a decision designating a 21-year-old Indigenous woman as a dangerous offender and sentencing her to indeterminate detention. Ms. Neve had been a prostitute since she was 12 and she struggled with substance abuse issues. The offence giving rise to the dangerous offender application was a robbery committed when Ms. Neve was 18 during which the victim sustained only a minor injury. The decision ordering Ms. Neve's indeterminate detention was overturned notably because this sentence was not proportionate to the gravity of her offence and her degree of responsibility. Similarly, in *Goodwin*, which was decided under the 1997 scheme, the majority overturned a decision designating a man who had the "mental age of about eight years" as a dangerous offender because "indefinite incarceration [was] disproportionate in light of his low moral culpability" (paras. 1 and 8). But under the current scheme, Ms. Neve and Mr. Goodwin would be sentenced to indeterminate detention if the public safety threshold in s. 753(4.1) is not met.

[127] Thus, consider an Indigenous offender who suffers from serious drug addiction rooted in inter-generational trauma and whose treatment prospects are uncertain. If this offender commits a number of robberies to sustain his addiction, but does not use a real weapon and causes no injury, he may well face indeterminate detention under s. 753(4.1). In this case, the dangerous offender regime requires a sentence that is grossly disproportionate to the gravity

[126] En conférant un plein pouvoir discrétionnaire à l'étape de la déclaration de délinquant dangereux (dans le régime de 1997) et aux étapes de la déclaration de délinquant dangereux et de la détermination de la peine (dans le régime de 1977), les versions précédentes du régime des délinquants dangereux ont fait en sorte que le juge ne soit pas tenu d'imposer des peines exagérément disproportionnées à des délinquants dangereux (*Johnson*, par. 28 et 34). Donc, dans l'arrêt *Neve*, qui a été rendu en application du régime de 1977, la Cour d'appel de l'Alberta a infirmé une décision déclarant une femme autochtone de 21 ans délinquante dangereuse et la condamnant à une peine de détention pour une période indéterminée. M<sup>me</sup> Neve se prostituait depuis l'âge de 12 ans et avait des problèmes de consommation de drogues. L'infraction à l'origine de la demande de déclaration de délinquant dangereux était un vol qualifié commis alors que M<sup>me</sup> Neve avait 18 ans et au cours duquel la victime n'avait subi qu'une blessure légère. La décision d'infliger à M<sup>me</sup> Neve une peine de détention pour une période indéterminée a été infirmée entre autres parce que cette peine n'était pas proportionnée à la gravité de son infraction et à son degré de responsabilité. De même, dans l'arrêt *Goodwin*, rendu en application du régime de 1997, les juges majoritaires ont infirmé une décision déclarant un homme qui avait [TRADUCTION] « l'âge mental d'un garçon de huit ans environ » délinquant dangereux parce qu'une « incarcération pour une période indéterminée [était] disproportionnée compte tenu de sa faible culpabilité morale » (par. 1 et 8). Or, suivant le régime actuel, M<sup>me</sup> Neve et M. Goodwin seraient condamnés à une peine de détention pour une période indéterminée s'il n'était pas satisfait au critère de la sécurité du public énoncé au par. 753(4.1).

[127] En conséquence, prenons l'exemple d'un délinquant autochtone qui a de graves problèmes de toxicomanie tirant leur origine d'un traumatisme intergénérationnel et dont les perspectives de traitement sont incertaines. Si ce délinquant commet plusieurs vols qualifiés pour entretenir sa dépendance, mais n'utilise pas d'arme véritable et ne cause pas de blessure, il pourrait fort bien se voir condamner à une peine de détention pour une période

of the predicate offence and the degree of responsibility of the offender.

[128] In sum, indeterminate detention is “so excessive as to outrage standards of decency” in cases where the offender’s degree of responsibility and the gravity of the predicate offence are on the low end of the spectrum (*Ferguson*, at para. 14, quoting *Wiles*, at para. 4), especially where alternative measures, including lengthy sentences of incarceration with long-term supervision orders, permit public safety concerns to be addressed. While Parliament is, of course, entitled to take steps to protect Canadians against the threat posed by the most dangerous criminals, the current scheme goes too far. Indeterminate detention — the most severe penalty, apart perhaps from life sentences — is grossly disproportionate to the sentence some offenders would otherwise receive under the sentencing principles in the *Criminal Code*.

**B. Section 753(4.1) Is Not Saved by Section 1 of the Charter**

[129] Violations of s. 12 of the *Charter* can rarely be justified under s. 1. This Court recently recognized that it will be difficult for the government to establish that a sentencing provision that is grossly disproportionate under s. 12 nevertheless represents a proportionate balancing between the deleterious and salutary effects of the law under the s. 1 analysis (*Nur*, at para. 111).

[130] The dangerous offender scheme advances the laudable goal of protecting the public from violent offenders likely to reoffend (*Steele*, at para. 29). But while there is a rational connection between s. 753(4.1) and its intended purpose, the provision fails the second branch of the *Oakes* test

indéterminée en application du par. 753(4.1). Dans ce cas, le régime des délinquants dangereux exige une peine qui est exagérément disproportionnée à la gravité de l’infraction sous-jacente et au degré de responsabilité du délinquant.

[128] En résumé, la détention pour une période indéterminée est « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » dans les cas où le degré de responsabilité du délinquant et la gravité de l’infraction sous-jacente se situent à l’extrémité inférieure du spectre (*Ferguson*, par. 14, citant *Wiles*, par. 4), surtout lorsque d’autres mesures, notamment de longues peines d’emprisonnement assorties d’ordonnances de surveillance de longue durée, permettent de répondre aux préoccupations en matière de sécurité du public. Évidemment, même si le législateur peut prendre des mesures pour protéger les Canadiens et les Canadiennes contre la menace que posent les criminels les plus dangereux, le régime actuel va trop loin. La détention pour une période indéterminée — la peine la plus sévère, exception faite peut-être des peines d’emprisonnement à perpétuité — est exagérément disproportionnée à la peine qui serait par ailleurs imposée à certains délinquants selon les principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel*.

**B. Le paragraphe 753(4.1) n’est pas justifié au regard de l’article premier de la Charte**

[129] Les violations de l’art. 12 de la *Charte* peuvent rarement être justifiées au regard de l’article premier. Notre Cour a récemment reconnu qu’il sera difficile pour le gouvernement d’établir qu’une disposition relative à la détermination de la peine qui est exagérément disproportionnée au sens de l’art. 12 découle néanmoins d’une mise en balance proportionnée entre les effets préjudiciables de la loi et ses effets bénéfiques pour les besoins de l’analyse fondée sur l’article premier (*Nur*, par. 111).

[130] Le régime des délinquants dangereux favorise l’atteinte de l’objectif louable de protéger le public contre les délinquants violents qui récidiveront vraisemblablement (*Steele*, par. 29). Toutefois, s’il existe un lien rationnel entre le par. 753(4.1) et l’objectif qu’il vise, la disposition échoue cependant

(*R. c. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). It does not minimally impair the s. 12 right of dangerous offenders not to be subjected to cruel and unusual punishment. The respondent has not established that the provision is reasonably tailored to the objective of the law (*Nur*, at para. 116). It has not shown that less harmful means for achieving the public protection objective were unavailable. For example, Parliament could have included residual judicial discretion to allow for a lesser sentence to be imposed where indeterminate detention would be grossly disproportionate (see *Lloyd*, at para. 49).

[131] Section 753(4.1) is therefore inconsistent with s. 12 of the *Charter* and is not saved by s. 1. I would therefore declare it of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. It is unnecessary to suspend the declaration of invalidity because immediate invalidity does not pose a danger to the public (*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679). Without s. 753(4.1), offenders can still be designated as dangerous (under s. 753(1)) and judges must exercise their discretion in determining the appropriate penalty (under s. 753(4)) in accordance with the relevant sentencing goals and principles set out in the *Criminal Code* (*Johnson*, at para. 28). The appropriate sentence must reflect that public protection is the predominate purpose of the dangerous offender scheme. Indeterminate detention remains available for offenders whose risk cannot be adequately managed through the long-term offender scheme. However, indeterminate detention can only be imposed if it is a proportionate sentence.

### C. Application to Mr. Boutilier

[132] The sentencing judge imposed an indeterminate sentence on the basis of an unconstitutional provision, s. 753(4.1). This appeal can nonetheless be dismissed if “there is no reasonable possibility

au deuxième volet du critère énoncé dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Elle ne constitue pas une atteinte minimale au droit que confère l’art. 12 aux délinquants dangereux de ne pas être assujettis à une peine cruelle et inusitée. L’intimée n’a pas établi que la disposition est raisonnablement bien adaptée à l’objectif de la loi (*Nur*, par. 116). Elle n’a pas démontré qu’il n’existait aucun moyen moins préjudiciable de réaliser l’objectif de la protection du public. Par exemple, le législateur aurait pu conférer au juge un pouvoir discrétionnaire résiduel afin de lui permettre d’infliger une peine moins lourde lorsqu’une détention pour une période indéterminée serait exagérément disproportionnée (voir *Lloyd*, par. 49).

[131] Le paragraphe 753(4.1) est par conséquent incompatible avec l’art. 12 de la *Charte* et il n’est pas justifié au regard de l’article premier. Je suis donc d’avis de le déclarer inopérant en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est inutile de suspendre la déclaration d’invalidité, puisque l’invalidité immédiate ne pose aucun danger pour le public (*Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679). Sans le par. 753(4.1), les délinquants peuvent encore être déclarés délinquants dangereux (en application du par. 753(1)) et les juges doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire pour déterminer la peine à leur imposer (en vertu du par. 753(4)) en conformité avec les objectifs et les principes pertinents de détermination de la peine qui sont énoncés dans le *Code criminel* (*Johnson*, par. 28). La peine appropriée doit témoigner du fait que la protection du public est l’objectif premier du régime des délinquants dangereux. La détention pour une période indéterminée peut encore être imposée aux délinquants qui présentent un risque que le régime des délinquants à contrôler ne permet pas de gérer adéquatement. Cependant, la détention pour une période indéterminée ne peut être imposée que si cette peine est proportionnée.

### C. Application à l’endroit de M. Boutilier

[132] Le juge a imposé une peine de détention pour une période indéterminée sur le fondement d’une disposition inconstitutionnelle, le par. 753(4.1). Le présent pourvoi peut néanmoins être rejeté en

that the verdict would have been any different had the error of law not been made” (*Johnson*, at para. 49; *R. v. Sipos*, 2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423, at para. 35). In my view, this appeal is not one of those rare cases where this curative power should be exercised (*Johnson*, at para. 49). There is a reasonable possibility that a determinate sentence with a long-term supervision order would have been imposed had the sentencing judge not proceeded on the basis that his discretion was curtailed by s. 753(4.1). The record before the sentencing judge suggests that a determinate sentence with a long-term supervision order may well have been appropriate.

[133] Had the sentencing judge declared s. 753(4.1) to be of no force or effect, he could not have imposed indeterminate detention unless it was proportionate to the gravity of the predicate offences and to Mr. Boutilier’s degree of responsibility (s. 718.1). While the sentencing judge made no reference to proportionality in his judgment, his findings suggest that indeterminate detention may not have been proportionate. The predicate offences that gave rise to the dangerous offender application were two robberies and an assault with a weapon. Mr. Boutilier did not injure anyone and the gun he used to threaten the victims was an imitation firearm. His tragic background, addiction, and guilty plea speak to his degree of moral blameworthiness (s. 718.1; *Ipeelee*, at para. 73; *R. v. Horvath* (1997), 117 C.C.C. (3d) 110 (Sask. C.A.), at para. 41; C. C. Ruby, G. J. Chan and N. R. Hasan, *Sentencing* (8th ed. 2012), at §5.211). The sentencing judge explained that “Mr. Boutilier’s childhood, upbringing, and personal circumstances have been extraordinarily difficult” (2015 BCSC 901, 325 C.C.C. (3d) 345, at para. 104). He was physically and sexually abused as a child. “His stepfather . . . began to provide him with alcohol and illegal substances when he was as young as six or seven years old and, as an apparent source of amusement, would watch him become impaired” (para. 104). Mr. Boutilier was using drugs weekly by the time he was 14. The sentencing judge concluded: “Mr. Boutilier’s ongoing drug use, and his inability to overcome his crippling

« l’absence d’une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si l’erreur de droit n’avait pas été commise » (*Johnson*, par. 49; *R. c. Sipos*, 2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423, par. 35). À mon avis, le présent pourvoi n’est pas l’un de ces rares cas où ce pouvoir réparateur devrait être exercé (*Johnson*, par. 49). Il existe une possibilité raisonnable que le juge ait infligé une peine pour une période déterminée assortie d’une ordonnance de surveillance de longue durée s’il n’avait pas tenu pour acquis que son pouvoir discrétionnaire était restreint par l’effet du par. 753(4.1). Le dossier dont le juge était saisi indique qu’une peine pour une période déterminée assortie d’une ordonnance de surveillance de longue durée aurait bien pu se révéler appropriée.

[133] Si le juge de la peine avait déclaré inopérant le par. 753(4.1), il n’aurait pu imposer une peine de détention pour une période indéterminée à moins que celle-ci ne soit proportionnée à la gravité des infractions sous-jacentes et au degré de responsabilité de M. Boutilier (art. 718.1). Bien que le juge de la peine n’ait pas mentionné la proportionnalité dans sa décision, ses conclusions donnent à penser que la détention pour une période indéterminée pourrait ne pas avoir été proportionnée. Les infractions sous-jacentes à l’origine de la demande de déclaration de délinquant dangereux sont deux vols qualifiés et des voies de fait armées. M. Boutilier n’a blessé personne et l’arme à feu dont il s’est servi pour menacer les victimes était une imitation. Son passé tragique, sa dépendance et son plaidoyer de culpabilité témoignent de son degré de culpabilité morale (art. 718.1; *Ipeelee*, par. 73; *R. c. Horvath* (1997), 117 C.C.C. (3d) 110 (C.A. Sask.), par. 41; C. C. Ruby, G. J. Chan et N. R. Hasan, *Sentencing* (8<sup>e</sup> éd. 2012), §5.211). Le juge de la peine a expliqué que [TRADUCTION] « l’enfance de M. Boutilier, son éducation et sa situation personnelle ont été extrêmement difficiles » (2015 BCSC 901, 325 C.C.C. (3d) 345, par. 104). Il a été victime de sévices physiques et sexuels lorsqu’il était enfant. « Son beau-père [...] a commencé à lui offrir de l’alcool et des substances illégales lorsqu’il avait six ou sept ans seulement et s’amusait apparemment à regarder ses facultés s’affaiblir » (par. 104). À 14 ans, M. Boutilier consommait des drogues toutes les semaines. Le juge de la

addictions, is likely the central issue before me” (para. 110). The record showed that addiction was at the root of Mr. Boutilier’s criminality, and that this addiction developed through tragic personal circumstances.

[134] Furthermore, the principle of restraint prevented the sentencing judge from imposing an indeterminate sentence if the long-term offender criteria were met and the sentence available under that scheme was adequate for public protection (*Johnson*, at paras. 29 and 40; s. 718.2(d) and (e)). The sentencing judge did not consider whether the long-term offender criteria were met, and the evidence before him suggested that they may well have been (s. 753.1). The psychiatric evidence was that “the possibility of the eventual management of Mr. Boutilier’s risk in the community is moderate based on the likelihood that he will be amenable to treatment and that he will benefit from treatment” (para. 127). The sentencing judge noted that Mr. Boutilier had expressed a desire to stop taking drugs. Although Mr. Boutilier has a terrible behavioural record in prison, the sentencing judge remarked that “[h]is positive experience at Belkin House was a brief, positive interlude in a 35-year history” (para. 208). While Mr. Boutilier was enrolled in the structured, residential program at Belkin House, he “was able to form positive therapeutic relationships . . . and made some positive changes” (para. 176). Mr. Boutilier’s age at the time that a 10-year long-term supervision order would expire (over 50) also indicates a greater chance that his risk could be managed. The evidence before the sentencing judge was that the risk of reoffending is significantly reduced for most offenders by age 50 and 60. Overall, this evidence suggests there may be a reasonable possibility that Mr. Boutilier’s risk could be controlled in the community (s. 753.1(c)).

[135] The record also suggested that a determinate sentence with a long-term supervision order

peine a conclu que « [l]a consommation continue de drogues de M. Boutilier et son incapacité de surmonter ses problèmes de consommation dévastateurs sont vraisemblablement la question centrale en l’espèce » (par. 110). Le dossier révélait que la dépendance de M. Boutilier était à la source de sa criminalité et que cette dépendance s’était développée par suite de circonstances personnelles tragiques.

[134] En outre, le principe de la modération empêchait le juge d’imposer une peine pour une période indéterminée s’il était satisfait aux critères relatifs au délinquant à contrôler et si la peine susceptible d’être imposée suivant ce régime suffisait pour protéger le public (*Johnson*, par. 29 et 40; al. 718.2d) et e)). Le juge de la peine ne s’est pas demandé s’il était satisfait aux critères relatifs au délinquant à contrôler, et la preuve portée à son attention indiquait qu’il aurait fort bien pu y être satisfait (art. 753.1). Selon la preuve psychiatrique, [TRADUCTION] « la possibilité de gérer à l’avenir le risque que présente M. Boutilier au sein de la collectivité est modérée compte tenu de la probabilité qu’il réponde à un traitement et qu’il en tire profit » (par. 127). Le juge de la peine a signalé que M. Boutilier avait exprimé le désir de cesser de consommer de la drogue. Bien que M. Boutilier se soit par le passé très mal comporté en prison, le juge de la peine a fait remarquer que « [s]on expérience positive à la Belkin House a constitué un bref interlude positif dans une période de 35 années » (par. 208). Lorsqu’il a participé au programme en résidence structuré offert à la Belkin House, il « a su former des relations thérapeutiques positives [. . .] et effectuer des changements bénéfiques » (par. 176). L’âge de M. Boutilier à la date à laquelle une ordonnance de surveillance de longue durée de 10 ans expirerait (plus de 50 ans) indique aussi une possibilité accrue de gérer le risque qu’il pose. D’après la preuve dont le juge de la peine a été saisi, le risque de récidive est considérablement réduit chez la plupart des délinquants à l’âge de 50 et de 60 ans. Dans l’ensemble, cette preuve tend à indiquer qu’il est réellement possible de maîtriser au sein de la collectivité le risque que présente M. Boutilier (al. 753.1c)).

[135] Le dossier tend aussi à indiquer qu’une peine de détention pour une période déterminée

may be adequate for public protection. To determine whether a sentence other than indeterminate detention would be adequate for public protection, both the level of the risk and the nature of harm Mr. Boutilier is likely to cause in the future must be considered. The sentencing judge only considered the level of the risk presented by Mr. Boutilier (i.e. how likely he was to overcome his addiction), and not the nature of the harm Mr. Boutilier was likely to cause (i.e. the gravity of the offences Mr. Boutilier would commit in the future if he did not), in deciding to impose indeterminate detention. In assessing whether a lesser measure would be adequate for public protection, it is significant that Mr. Boutilier's criminal record is not characterized by offences that caused serious harm.

[136] A new hearing is therefore required under s. 759(3)(a)(ii) to determine which penalty should be imposed under s. 753(4).

#### IV. Conclusion

[137] For the foregoing reasons, I would allow the appeal in part and declare s. 753(4.1) of the *Criminal Code* to be of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. I would also order a new hearing under s. 759(3)(a)(ii) of the *Criminal Code* to determine the appropriate penalty under s. 753(4).

*Appeal dismissed, KARAKATSANIS J. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant: Eric Purtzki, Vancouver; Gary N. A. Botting, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.*

assortie d'une ordonnance de surveillance de longue durée pourrait suffire pour protéger le public. Pour déterminer si une autre peine que la détention pour une période indéterminée serait suffisante pour protéger le public, le niveau de risque et la nature du préjudice que M. Boutilier est susceptible de causer à l'avenir doivent être pris en considération. Le juge de la peine n'a pris en considération que le niveau de risque présenté par M. Boutilier (c.-à-d. la probabilité qu'il surmonte sa dépendance), et non pas la nature du préjudice que M. Boutilier était susceptible de causer (c.-à-d. la gravité des infractions qu'il commettrait à l'avenir s'il ne surmontait pas sa toxicomanie), pour en arriver à imposer une détention pour une période indéterminée. Dans l'examen du point de savoir si une mesure moins grave serait suffisante pour protéger le public, le fait qu'aucune infraction ayant causé un préjudice grave ne ressort du casier judiciaire de M. Boutilier est important.

[136] Il faut donc tenir une nouvelle audience en application du sous-al. 759(3)a)(ii) pour décider quelle peine doit être imposée en vertu du par. 753(4).

#### IV. Conclusion

[137] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de déclarer le par. 753(4.1) du *Code criminel* inopérant en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je suis également d'avis d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience en vertu du sous-al. 759(3)a)(ii) du *Code criminel* afin de déterminer la peine appropriée au titre du par. 753(4).

*Pourvoi rejeté, la juge KARAKATSANIS est dissidente en partie.*

*Procureurs de l'appellant : Eric Purtzki, Vancouver; Gary N. A. Botting, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Lockyer, Campbell, Posner, Toronto; Corbin Cawkell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Lockyer, Campbell, Posner, Toronto; Corbin Cawkell, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services Inc.: Aboriginal Legal Services Inc., Toronto.*

*Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services Inc. : Aboriginal Legal Services Inc., Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Yukon Legal Services Society: Tutshi Law Centre, Whitehorse.*

*Procureur de l'intervenante la Société d'aide juridique du Yukon : Tutshi Law Centre, Whitehorse.*





# INDEX

## ABORIGINAL LAW

Treaty rights — Land claims — Honour of the Crown — Federal and territorial governments and First Nations entered into final land claims agreements setting out consultative and collaborative process for development of land use plans — Modifications submitted by Yukon failed to follow process contemplated by final agreements — Role of courts in resolving disputes arising in context of modern treaty implementation — Whether Yukon's approval of plan authorized by final agreements — Appropriate remedy when government breaches obligation under modern treaty.

FIRST NATION OF NACHO NYAK DUN v. YUKON, 576.

---

## ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — Standard of review — Arbitration — Statutory provision stating that dispute resulting from interpretation and application of agreement entered into under Health Insurance Act to be submitted to council of arbitration — Arbitrator dismissing dispute submitted by medical specialist — Standard of review applicable to arbitrator's decision that there is no arbitrable dispute and that specialist did not have standing — Whether dispute raises true question of jurisdiction in relation to arbitrator — Health Insurance Act, CQLR, c. A-29, ss. 19, 54.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. GUÉRIN, 3.

2. Boards and tribunals — Procedure — Representation by advocate — Statutory provisions establishing exception to monopoly on practice of advocates for certain proceedings under Act respecting administrative justice — Written proceedings prepared, drawn up, signed and filed by person who was not advocate in name of Minister of Employment and Social Solidarity for cases before social affairs division of Administrative Tribunal of Québec — Whether Minister's right "to be represented by the person of his . . . choice" encompasses both oral and written representation — Act respecting administrative justice, CQLR, c. J-3, s. 102 — Act respecting the Barreau du Québec, CQLR, c. B-1, ss. 128(2)(a)(5), 129(b).

BARREAU DU QUÉBEC v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 488.

## ADMINISTRATIVE LAW — (Concluded)

3. Judicial review — Standard of review — Statutory provisions establishing exception to monopoly on practice of advocates for certain proceedings under Act respecting administrative justice — Administrative Tribunal of Québec concluding that its enabling statute authorizes person who is not advocate to prepare and draw up written proceedings in name of Minister of Employment and Social Solidarity and that that power is not in conflict with Act respecting the Barreau du Québec — Standard of review applicable to that decision — Act respecting administrative justice, CQLR, c. J-3, s. 102 — Act respecting the Barreau du Québec, CQLR, c. B-1, ss. 128(2)(a)(5), 129(b).

BARREAU DU QUÉBEC v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 488.

---

## CIVIL PROCEDURE

1. Evidence — Immunity — Class action against oil companies and retailers who had been subjects of investigation by Competition Bureau — Motion for permission to examine chief investigator from Competition Bureau and for order requiring Attorney General of Canada to disclose evidence obtained in investigation — Objection based on Crown immunity — Whether chief investigator may be required to submit to discovery under Quebec rules of civil procedure in proceedings in which neither Crown nor chief investigator is party — Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 27 — Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. THOUIN, 184.

2. Class proceedings — Settlement — Administration — Settlement agreement resolved class actions by Aboriginal persons who attended residential schools — Agreement provided for Independent Assessment Process for serious claims of abuse — Two parties to settlement agreement requested directions from supervising judge as to post-decision disposition of records generated by Independent Assessment Process — Whether records are court records or government records subject to federal privacy, access to information, and

**CIVIL PROCEDURE — (Concluded)**

archiving legislation — Whether supervising judge erred in concluding that settlement agreement allowed for destruction of records — Whether supervising judge's order that records must be destroyed following 15-year retention period was appropriate.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. FONTAINE, 205.

---

**COMMERCIAL LAW**

Bills of exchange — Fraudulent cheques — Conversion — Defences — Banks — Approach to determine whether payee is “fictitious or non-existing” within meaning of s. 20(5) of Bills of Exchange Act — Employee implementing fraudulent cheque scheme using similar or identical names of employer company's real customers to whom company owed no debt — Employer's accounts payable department issuing cheques with mechanically applied signatures — Employee opening bank accounts in names of registered businesses and depositing fraudulent cheques — Whether company or collecting banks should bear loss resulting from fraud — Whether collecting banks liable to company for conversion — Whether cheques payable to fictitious or non-existing person — Bills of Exchange Act, R.S.C. 1985, c. B-4, s. 20(5).

TEVA CANADA LTD. v. TD CANADA TRUST, 317.

---

**CONSTITUTIONAL LAW**

1. Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Surrender order — Judicial review — Minister of Justice ordering surrender of Canadian citizens for extradition — Whether it was reasonable for Minister to conclude that there was no substantial risk of torture or mistreatment that would offend principles of fundamental justice or that surrenders would not otherwise be unjust or oppressive — Contextual factors in assessing reliability of diplomatic assurances — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1)(a).

INDIA v. BADESHA, 127.

2. Aboriginal rights — Crown — Duty to consult — Provincial government approving ski resort despite claim by First Nation that development would breach constitutional right to protection of Aboriginal interests — Whether

**CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)**

Minister's decision that Crown had met duty to consult and accommodate was reasonable — Constitution Act, 1982, s. 35.

KTUNAXA NATION v. BRITISH COLUMBIA (FORESTS, LANDS AND NATURAL RESOURCE OPERATIONS), 386.

3. Charter of Rights — Freedom of religion — First Nation alleging that ski resort project would drive spirit central to their religious beliefs from their traditional territory — Provincial government approving ski resort despite claim by First Nation that development would breach right to freedom of religion — Whether Minister's decision violates s. 2(a) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

KTUNAXA NATION v. BRITISH COLUMBIA (FORESTS, LANDS AND NATURAL RESOURCE OPERATIONS), 386.

4. Charter of Rights — Right to liberty — Scope of right — Privacy — Collective agreement prohibiting employer from imposing workplace policy that would restrict lawyers' constitutional rights — Employer unilaterally imposing directive making after-hour standby shifts mandatory for lawyers in order to respond to urgent immigration matters — Lawyers no longer compensated for entire period spent on standby but only for hours actually worked on urgent requests — Whether employer's mandatory standby duty directive infringes right to liberty protected by s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

ASSOCIATION OF JUSTICE COUNSEL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 456.

5. Charter of Rights — Enforcement — Standing — Search and seizure — Evidence — Admissibility — Text messages — Mobile devices of accused and accomplice seized and searched without warrant — Whether accused has reasonable expectation of privacy in text message conversation recovered on accomplice's device and therefore standing to challenge search and admission of evidence — Whether guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms protects text messages recovered on recipient's device — Whether evidence should be excluded under s. 24(2) of Charter — If so, whether curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of Criminal Code applies — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. MARAKAH, 608.

6. Charter of Rights — Enforcement — Standing — Search and seizure — Evidence — Admissibility — Text messages — Accused seeking to exclude at trial text message

**CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)**

records obtained by production order from telecommunications service provider — Whether accused has reasonable expectation of privacy in text messages stored by service provider and therefore standing under s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms to challenge production order — Whether accused permitted to rely on Crown theory for purposes of establishing subjective expectation of privacy.

R. v. JONES, 696.

7. Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Cruel and unusual punishment — Sentencing — Dangerous offender — Penalty — Indeterminate detention — Principles governing application of s. 753(4.1) of Criminal Code — Whether s. 753(4.1) overbroad by applying to offenders that could be monitored under long-term offender scheme — Whether s. 753(4.1) leads to grossly disproportionate sentence by presumptively imposing indeterminate detention and preventing judge from imposing fit sentence consistent with principles and objectives of sentencing under Criminal Code — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 753(4.1).

R. v. BOUTILIER, 936.

8. Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Sentencing — Dangerous offender — Designation — Whether sentencing judge precluded from considering future treatment prospects when deciding whether to designate an offender as dangerous — If so, whether s. 753(1) overbroad contrary to s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 753(1).

R. v. BOUTILIER, 936.

---

**CONTRACTS**

Interpretation — Intention of parties — Contract of affiliation — Term and renewal procedure — Contract clause stipulating that contract renewable at discretion of only one party — Validity of contract whose effects could be perpetual — Whether trial judge erred in finding that renewal clause was clear and that it faithfully represented parties' common intention of granting one of parties unilateral option to renew contract every five years, which other party would be unable to oppose — Whether possibility of contract of affiliation having perpetual effect is unlawful in Quebec civil

**CONTRACTS — (Concluded)**

law on basis that it is contrary to Civil Code of Québec or to public order — Civil Code of Québec, arts. 1425, 1512.

UNIPRIX INC. v. GESTION GOSSELIN ET BÉRUBÉ INC., 59.

---

**COURTS**

Jurisdiction — Trial — Procedure — Joinder — Accused tried for provincial offences and summary conviction criminal offences arising from same events in single proceeding — Whether Ontario provincial court judge had jurisdiction to conduct joint trial and, if not, whether error can be saved by curative provisos.

R. v. SCIASCIA, 539.

---

**CRIMINAL LAW**

1. Evidence — Informer privilege — Anonymous informer — Whether informer privilege applies to anonymous tip made to Crime Stoppers by caller with intention of interfering with administration of justice — Procedure for court to follow when Crown challenges claim of informer privilege over anonymous tip made to Crime Stoppers.

R. v. DURHAM REGIONAL CRIME STOPPERS INC., 157.

2. Appeals — Unreasonable verdict — Accused convicted of sexual assault — Court of Appeal finding that appellate intervention not warranted — Verdict not unreasonable — Conviction upheld.

R. v. BOURGEOIS, 287.

3. Appeals — Unreasonable verdict — Misapprehension of evidence — Accused convicted of perjury — Court of Appeal holding that trial judge's findings not unreasonable and that trial judge did not misapprehend evidence — Conviction upheld.

R. v. ROBINSON, 382.

4. Appeals — Unreasonable verdict — Misapprehension of evidence — Issue estoppel — Abuse of process — Accused and three other RCMP officers charged with perjury after providing inaccurate testimony at inquest into

**CRIMINAL LAW — (Concluded)**

death of visitor tasered by accused at airport — Separate trials held — Accused and another officer convicted but two officers acquitted — Court of Appeal holding that trial judge committed no reviewable errors in findings of fact, did not misapprehend evidence and did not err in allowing Crown to pursue issue of collusion at trial of accused — Conviction upheld.

R. v. MILLINGTON, 384.

5. Evidence — Production orders — Invasion of privacy — Interception of communications — Police obtaining order under s. 487.012 of Criminal Code for production of text messages stored on service provider's infrastructure — Whether production order provides lawful authority for seizing stored text messages or whether wiretap authorization under Part VI of Criminal Code required for seizure to comply with s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 183 "intercept", 487.012.

R. v. JONES, 696.

6. Sentencing — Dangerous offender — Indeterminate detention — Accused declared to be dangerous offender — Whether sentencing judge erred in imposing indeterminate sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 753(4), (4.1).

R. v. BOUTILIER, 936.

**CROWN LAW**

Prerogatives — Immunity — Civil procedure — Obligation to provide discovery — Whether Parliament has lifted common law Crown immunity from discovery and, if so, to what extent — Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 27 — Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. THOUIN, 184.

**HEALTH LAW**

Health insurance — Medical specialists — Specialized collective bargaining scheme — Arbitration — Nature of dispute — Standing — Agreement providing for recognition

**HEALTH LAW — (Concluded)**

and designation of medical imaging laboratories that are eligible to receive digitization fee — Medical specialist contesting refusal to declare certain laboratories eligible for fee — Whether specialist's proceeding is arbitrable dispute — Whether specialist has standing to submit dispute — Health Insurance Act, CQLR, c. A-29, ss. 19, 54.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. GUÉRIN, 3.

**HUMAN RIGHTS**

Human Rights Tribunal — Jurisdiction — Discrimination — Employment — Act prohibiting a "person" from discriminating against someone "regarding employment" — Scope of prohibition — Complaint alleging discrimination at workplace by co-worker — Whether discrimination "regarding employment" can be perpetrated by someone other than complainant's employer or superior — Whether British Columbia Human Rights Tribunal erred in finding that it had jurisdiction over complaint — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 1 "employment", "person", 13(1)(b), 27(1)(a).

BRITISH COLUMBIA HUMAN RIGHTS TRIBUNAL v. SCHRENK, 795.

**IMMIGRATION**

Inadmissibility and removal — Permanent residents — Serious criminality — Permanent resident convicted of federal offence receiving 12-month conditional sentence — Maximum sentence for offence increased after offence committed but before conviction and sentencing — Whether conditional sentence is "term of imprisonment" for purposes of assessing permanent resident's inadmissibility to Canada on grounds of serious criminality under s. 36(1)(a) of Immigration and Refugee Protection Act — Whether "maximum term of imprisonment" referred to in s. 36(1)(a) is maximum sentence that could have been imposed at time of commission of offence or of admissibility determination — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 36(1)(a).

TRAN v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS), 289.

**LABOUR RELATION**

Arbitration — Grievances — Collective agreements — Residual management rights — Work schedule — Balancing of interests approach — Employer unilaterally imposing directive making after-hour standby shifts mandatory for lawyers in order to respond to urgent immigration matters — Lawyers no longer compensated for entire period spent on standby but only for hours actually worked on urgent requests — Whether mandatory standby duty directive is reasonable and fair exercise of employer's management rights under collective agreement — Whether adjudicator's assessment of different interests at stake and ultimate balancing of those interests was reasonable.

ASSOCIATION OF JUSTICE COUNSEL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 456.

---

**MUNICIPAL LAW**

Civil liability — Prescription — Bodily injury — Indirect victim — Victim murdered by her former spouse after having reported death threats she had received from him to police of municipality — Members of victim's family bringing action in damages on their own behalf against municipality for negligence because of failure of its police to act — Motion to dismiss arguing that action was prescribed on ground that family members had not suffered "bodily injury" within meaning of art. 2930 of Civil Code of Québec — Whether three-year general law prescriptive period provided for in Code prevails over six-month period provided for in Cities and Towns Act — Civil Code of Québec, arts. 2925, 2930 — Cities and Towns Act, CQLR, c. C-19, s. 586.

MONTRÉAL (CITY) V. DORVAL, 250.

---

**PRESCRIPTION**

Civil liability — Municipalities — Bodily injury — Indirect victim — Victim murdered by her former spouse after having reported death threats she had received from him to police of municipality — Members of victim's family bringing action in damages on their own behalf against municipality for negligence because of failure of its police to act — Whether family members' action is "based on obligation to make reparation for bodily injury caused to another"

**PRESCRIPTION — (Concluded)**

within meaning of art. 2930 of Civil Code of Québec — Whether members of victim's family may avail themselves of three-year general law prescriptive period provided for in Code — Civil Code of Québec, arts. 2925, 2930.

MONTRÉAL (CITY) V. DORVAL, 250.

---

**TORTS**

Duty of care — Negligence — Negligent misrepresentation — Auditor failing to discover fraud by company's directors and company incurring losses — Proper application of analytical framework for establishing tort liability in cases of negligent misrepresentation or performance of service by auditor — Whether auditor breaching duty of care and therefore liable for company's losses — Appropriate date from which to calculate quantum of damages.

DELOITTE & TOUCHE V. LIVENT INC. (RECEIVER OF), 855.

---

**WILL AND ESTATES**

Wills — Property — Equity — Proprietary estoppel — Remedies — Claimant relying to his detriment on promises made by co-beneficiary of their mother's estate to transfer co-beneficiary's interest in property to claimant — Whether trial judge erred in concluding that proprietary estoppel operated to enforce promisor's promise — Whether evidence supports trial judge's conclusion that elements of proprietary estoppel were met — Whether promisor's lack of ownership in property at time promise was made defeats claimant's equitable claim — What is appropriate remedy.

COWPER-SMITH V. MORGAN, 754.

---



# INDEX

## CONTRATS

Interprétation — Intention des parties — Contrat d'affiliation — Durée et modalités de renouvellement — Clause du contrat prévoyant son renouvellement à la discrétion d'une seule partie — Validité d'un contrat aux effets potentiellement perpétuels — Le juge de première instance a-t-il erré en concluant que la clause de renouvellement est claire et qu'elle représente fidèlement l'intention commune des parties d'octroyer à l'une d'elles la faculté unilatérale de le renouveler à tous les cinq ans, sans que l'autre partie ne puisse s'y opposer? — L'effet potentiellement perpétuel du contrat d'affiliation est-il illégal en droit civil québécois, car contraire au Code civil du Québec ou à l'ordre public? — Code civil du Québec, art. 1425, 1512.

UNIPRIX INC. C. GESTION GOSSELIN ET BÉRUBÉ INC., 59.

---

## DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Arbitrage — Disposition législative prévoyant qu'un différend qui résulte de l'interprétation et de l'application d'une entente conclue aux fins de l'application de la Loi sur l'assurance maladie est soumis à un conseil d'arbitrage — Arbitre rejetant le différend soumis par un médecin spécialiste — Quelle est la norme de contrôle applicable à la décision de l'arbitre concluant à l'absence de différend arbitrable et d'intérêt pour agir? — Le différend soulève-t-il une question touchant véritablement à la compétence de l'arbitre? — Loi sur l'assurance maladie, RLRQ, c. A-29, art. 19, 54.

QUÉBEC (PROCUREURE GÉNÉRALE) C. GUÉRIN, 3.

2. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Dispositions législatives prévoyant une exception au monopole d'exercice des avocats en cas de certains recours en vertu de la Loi sur la justice administrative — Tribunal administratif du Québec concluant que sa loi constitutive autorise un non-avocat à préparer et rédiger des actes de procédure au nom du ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale et que ce pouvoir n'entre pas en conflit avec la Loi sur le Barreau — Quelle est la norme de contrôle applicable à

## DROIT ADMINISTRATIF — (Fin)

cette décision? — Loi sur la justice administrative, RLRQ, c. J-3, art. 102 — Loi sur le Barreau, RLRQ, c. B-1, art. 128(2)a)5°, 129b).

BARREAU DU QUÉBEC C. QUÉBEC (PROCUREURE GÉNÉRALE), 488.

3. Organismes et tribunaux administratifs — Procédure — Représentation par un avocat — Dispositions législatives prévoyant une exception au monopole d'exercice des avocats en cas de certains recours en vertu de la Loi sur la justice administrative — Actes de procédure préparés, rédigés, signés et déposés par un non-avocat au nom du ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale dans dossiers devant la section des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec — Le droit du ministre de « se faire représenter par une personne de son choix » comprend-il à la fois la représentation de vive voix et la représentation par écrit? — Loi sur la justice administrative, RLRQ, c. J-3, art. 102 — Loi sur le Barreau, RLRQ, c. B-1, art. 128(2)a)5°, 129b).

BARREAU DU QUÉBEC C. QUÉBEC (PROCUREURE GÉNÉRALE), 488.

---

## DROIT COMMERCIAL

Lettres de change — Chèques frauduleux — Détournement — Moyens de défense — Banques — Approche permettant de décider si un preneur est ou non une personne « fictive ou qui n'existe pas » au sens de l'art. 20(5) de la Loi sur les lettres de change — Mise au point par un employé d'une société d'un stratagème frauduleux consistant à utiliser des noms semblables ou identiques à ceux de clients véritables de son employeur auxquels ce dernier ne devait pourtant aucune somme — Émission par le service des comptes fournisseurs de l'employeur de chèques revêtus de signatures apposées mécaniquement — Ouverture par l'employé au nom d'entreprises enregistrées par lui de comptes bancaires sur lesquels il a déposé le montant des chèques frauduleux — Qui de la société ou des banques d'encaissement devrait supporter la perte infligée par la fraude? — Les banques d'encaissement sont-elles coupables



**DROIT COMMERCIAL — (Fin)**

de détournement vis-à-vis de la société? — Les chèques étaient-ils payables à une personne fictive ou qui n'existe pas? — Loi sur les lettres de change, L.R.C. 1985, c. B-4, art. 20(5).

TEVA CANADA LTÉE C. TD CANADA TRUST, 317.

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

1. Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — Arrêté d'extradition — Contrôle judiciaire — Extradition de deux citoyens canadiens ordonnée par le ministre de la Justice — Était-il raisonnable de la part du ministre de conclure qu'il n'y avait pas de risque sérieux de torture ou de mauvais traitements qui contreviendrait aux principes de justice fondamentale ou que les extraditions ne seraient par ailleurs ni injustes ni tyranniques? — Facteurs contextuels à examiner pour apprécier la fiabilité des assurances diplomatiques — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, c. 18, art. 44(1)a).

INDE C. BADESHA, 127.

2. Charte des droits — Liberté de religion — Allégation d'une première nation selon laquelle un projet de station de ski chasserait de son territoire traditionnel un esprit qui est au cœur de ses croyances religieuses — Approbation par le gouvernement provincial de l'aménagement d'une station de ski malgré la prétention d'une première nation selon laquelle l'aménagement porterait atteinte à son droit à la liberté de religion — La décision du Ministre viole-t-elle l'art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés?

KTUNAXA NATION C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (FORESTS, LANDS AND NATURAL RESOURCE OPERATIONS), 386.

3. Droits ancestraux — Couronne — Obligation de consulter — Approbation par le gouvernement provincial de l'aménagement d'une station de ski malgré la prétention d'une première nation selon laquelle l'aménagement porterait atteinte à son droit constitutionnel à la protection des intérêts autochtones — La décision du Ministre que la Couronne s'est acquittée de son obligation de consulter et d'accommoder était-elle raisonnable? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

KTUNAXA NATION C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (FORESTS, LANDS AND NATURAL RESOURCE OPERATIONS), 386.

**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)**

4. Charte des droits — Droit à la liberté — Portée du droit — Protection de la vie privée — Convention collective interdisant à l'employeur d'imposer une politique en milieu de travail qui aurait pour effet de restreindre les droits constitutionnels des juristes — Imposition unilatérale, par l'employeur, d'une directive obligeant les juristes à effectuer des quarts de garde après les heures normales de travail afin de pouvoir intervenir dans des affaires urgentes en matière d'immigration — Juristes n'étant plus rémunérés pour toute la période de garde, mais uniquement pour les heures effectivement travaillées sur des demandes urgentes — La directive sur les quarts de garde obligatoires de l'employeur porte-t-elle atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

ASSOCIATION DES JURISTES DE JUSTICE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 456.

5. Charte des droits — Application — Qualité pour agir — Fouilles, perquisitions et saisies — Preuve — Admissibilité — Messages textes — Saisie et fouille sans mandat des appareils mobiles de l'accusé et de son complice — L'accusé a-t-il une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard d'une conversation par message texte récupérée à partir de l'appareil du complice et, en conséquence, qualité pour contester la recherche et l'admission d'éléments de preuve? — La protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garantie à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés vise-t-elle les messages textes récupérés à partir de l'appareil du destinataire? — Y a-t-il lieu d'écarter les éléments de preuve en application de l'art. 24(2) de la Charte? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice de l'art. 686(1b)(iii) du Code criminel s'applique-t-elle? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1b)(iii).

R. C. MARAKAH, 608.

6. Charte des droits — Application — Qualité pour agir — Fouilles, perquisitions et saisies — Preuve — Admissibilité — Messages textes — Demande de l'accusé en vue de faire écarter au procès des relevés contenant des messages textes obtenus d'un fournisseur de services de télécommunications au moyen d'une ordonnance de communication — L'accusé a-t-il une attente raisonnable au respect de sa vie privée à l'égard des copies des messages textes conservées par le fournisseur de services et, en conséquence, qualité pour contester l'ordonnance de communication en vertu de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'accusé est-il autorisé à s'appuyer sur la thèse de la Couronne afin d'établir son attente subjective au respect de sa vie privée?

R. C. JONES, 696.

**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)**

7. Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Détermination de la peine — Délinquant dangereux — Déclaration — Est-il interdit au juge de la peine de prendre en considération les perspectives de traitement futur lorsqu'il décide s'il y a lieu ou non de déclarer un délinquant dangereux? — Dans l'affirmative, l'art. 753(1) a-t-il une portée excessive en contravention avec l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 753(1).

R. C. BOUTILIER, 936.

8. Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Peines cruelles et inusitées — Détermination de la peine — Délinquant dangereux — Sanction — Détention pour une période indéterminée — Principes régissant l'application de l'art. 753(4.1) du Code criminel — L'article 753(4.1) a-t-il une portée excessive en ce qu'il s'applique à des délinquants qui pourraient être surveillés dans le cadre du régime des délinquants à contrôler? — L'article 753(4.1) a-t-il pour effet d'entraîner une peine exagérément disproportionnée en imposant par présomption une peine de détention pour une période indéterminée et en empêchant le juge de la peine d'infliger une peine juste conforme aux principes et aux objectifs de la détermination de la peine du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 et 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 753(4.1).

R. C. BOUTILIER, 936.

**DROIT CRIMINEL**

1. Preuve — Privilège de l'indicateur de police — Dénonciateur anonyme — Le privilège de l'indicateur de police s'applique-t-il à une dénonciation anonyme faite à l'échec au crime par une personne qui téléphone avec l'intention d'entraver l'administration de la justice? — Quelle procédure les tribunaux doivent-ils adopter lorsque le ministère public conteste la revendication du privilège de l'indicateur de police relativement à une dénonciation anonyme faite auprès d'Échec au crime?

R. C. DURHAM REGIONAL CRIME STOPPERS INC., 157.

2. Appels — Verdict déraisonnable — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Conclusion de la Cour d'appel portant que son intervention n'était pas requise — Verdict jugé non déraisonnable — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. C. BOURGEOIS, 287.

**DROIT CRIMINEL — (Fin)**

3. Appels — Verdict déraisonnable — Mauvaise appréciation de la preuve — Accusé déclaré coupable de parjure — Décision de la Cour d'appel portant que les conclusions du juge du procès n'étaient pas déraisonnables et que ce dernier n'avait pas mal apprécié la preuve — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. C. ROBINSON, 382.

4. Appels — Verdict déraisonnable — Mauvaise appréciation de la preuve — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Abus de procédure — Accusations de parjure déposées contre l'accusé et trois autres agents de la GRC pour témoignages inexacts fournis lors d'une enquête concernant le décès d'un visiteur dans un aéroport par suite de l'utilisation contre celui-ci d'un pistolet paralysant par l'accusé — Tenue de procès distincts — Déclaration de culpabilité inscrite contre l'accusé et un autre agent mais acquittement prononcé en faveur des deux autres agents — Décision de la Cour d'appel portant que les conclusions de fait du juge du procès n'étaient entachées d'aucune erreur révisable, que ce dernier n'avait pas mal apprécié la preuve et qu'il n'avait pas commis d'erreur en permettant à la Couronne de soulever la question de la collusion au procès de l'accusé — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. C. MILLINGTON, 384.

5. Preuve — Ordonnances de communication — Atteinte à la vie privée — Interception de communications — Obtention par les policiers d'une ordonnance prévue à l'art. 487.012 du Code criminel en vue de se faire communiquer des messages textes conservés dans l'infrastructure du fournisseur de services — Une ordonnance de communication permet-elle de saisir légalement de tels messages ou est-il nécessaire d'obtenir une autorisation de mise sous écoute électronique en vertu de la partie VI du Code criminel pour que la saisie respecte l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 183 « intercepter », 487.012.

R. C. JONES, 696.

6. Détermination de la peine — Délinquant dangereux — Détention pour une période indéterminée — Accusé déclaré délinquant dangereux — Le juge de la peine a-t-il fait erreur en imposant une peine de détention pour une période indéterminée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 753(4), (4.1).

R. C. BOUTILIER, 936.

## DROIT DE LA COURONNE

Prérogatives — Immunité — Procédure civile — Assujettissement à un interrogatoire préalable — L'immunité de l'État en matière d'interrogatoire préalable reconnue par la common law a-t-elle été écartée par le législateur fédéral et, le cas échéant, dans quelle mesure? — Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, c. C-50, art. 27 — Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 17.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. THOUIN, 184.

---

## DROIT DE LA SANTÉ

Assurance maladie — Médecins spécialistes — Régime spécialisé de négociation collective — Arbitrage — Nature du différend — Intérêt pour agir — Entente prévoyant la reconnaissance et la désignation des laboratoires d'imagerie médicale admissibles au versement d'un honoraire de numérisation — Médecin spécialiste contestant le refus de déclarer certains laboratoires admissibles au versement de l'honoraire — Le recours formé par le médecin est-il un différend arbitral? — Le médecin a-t-il l'intérêt requis pour le former? — Loi sur l'assurance maladie, RLRQ, c. A-29, art. 19, 54.

QUÉBEC (PROCUREURE GÉNÉRALE) C. GUÉRIN, 3.

---

## DROIT DES AUTOCHTONES

Droits issus de traités — Revendications territoriales — Honneur de la Couronne — Ententes définitives sur les revendications territoriales conclues entre les gouvernements fédéral et territorial et les Premières Nations prévoyant un processus de consultation et de collaboration pour l'élaboration de plans d'aménagement du territoire — Modifications proposées par le Yukon en dérogation au processus envisagé dans les ententes définitives — Rôle des tribunaux dans le règlement des conflits que suscite la mise en œuvre des traités modernes — Les ententes définitives autorisent-elles le Yukon à approuver son plan? — Réparation appropriée lorsque le gouvernement ne respecte pas une obligation que prévoit un traité moderne.

FIRST NATION OF NACHO NYAK DUN C. YUKON, 576.

---

## DROIT MUNICIPAL

Responsabilité civile — Prescription — Préjudice corporel — Victime par ricochet — Victime assassinée par son *ex-conjoint* après avoir rapporté les menaces de mort proférées par ce dernier à son endroit aux services de police de la municipalité — Action en dommages-intérêts entreprise par des parents de la victime en leurs noms personnels pour négligence contre la municipalité en raison de l'inaction de ses services de police — Requête en irrecevabilité opposant la prescription du recours au motif que les parents n'ont pas subi de « préjudice corporel » au sens de l'art. 2930 du Code civil du Québec — La prescription de droit commun de trois ans prévue au Code a-t-elle préséance sur celle de six mois prévue à la Loi sur les cités et villes? — Code civil du Québec, art. 2925, 2930 — Loi sur les cités et villes, RLRQ, c. C-19, art. 586.

MONTRÉAL (VILLE) C. DORVAL, 250.

---

## DROITS DE LA PERSONNE

Tribunal des droits de la personne — Compétence — Discrimination — Emploi — Loi interdisant à une « personne » de faire preuve de discrimination envers une autre « relativement à son emploi » — Champ d'application de l'interdiction — Plainte faisant état d'allégations de discrimination de la part d'un collègue sur le lieu de travail — Est-ce qu'une personne autre que l'employeur ou le superviseur du plaignant peut se rendre coupable de discrimination « relativement à l'emploi »? — Le tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique a-t-il commis une erreur en concluant qu'il avait compétence pour examiner la plainte? — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, art. 1 « emploi », « personne », 13(1)(b), 27(1)(a).

BRITISH COLUMBIA HUMAN RIGHTS TRIBUNAL C. SCHRENK, 795.

---

## IMMIGRATION

Interdiction de territoire et renvoi — Résidents permanents — Grande criminalité — Résident permanent déclaré coupable d'une infraction fédérale et condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis de 12 mois — Peine maximale accrue après la commission de l'infraction, mais avant la déclaration de culpabilité et l'infliction de la peine

**IMMIGRATION — (Fin)**

— Une peine d'emprisonnement avec sursis constitue-t-elle un « emprisonnement » pour l'évaluation de l'interdiction de territoire au Canada pour grande criminalité en application de l'art. 36(1)a de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés? — L'« emprisonnement maximal » dont il est question à l'art. 36(1)a correspond-il à la peine maximale qui aurait pu être infligée au moment de la commission de l'infraction ou de la décision relative à l'interdiction de territoire? — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27, art. 36(1)a.

TRAN C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE), 289.

---

**PRESCRIPTION**

Responsabilité civile — Municipalités — Préjudice corporel — Victime par ricochet — Victime assassinée par son ex-conjoint après avoir rapporté les menaces de mort proférées par ce dernier à son endroit aux services de police de la municipalité — Action en dommages-intérêts entreprise par des parents de la victime en leurs noms personnels pour négligence contre la municipalité en raison de l'inaction de ses services de police — L'action des parents est-elle « fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel causé à autrui » au sens de l'art. 2930 du Code civil du Québec? — Les parents de la victime peuvent-ils se prévaloir de la prescription de droit commun de trois ans prévue au Code? — Code civil du Québec, art. 2925, 2930.

MONTRÉAL (VILLE) C. DORVAL, 250.

---

**PROCÉDURE CIVILE**

1. Preuve — Immunité — Recours collectif contre des pétrolières et détaillants ayant fait l'objet d'une enquête menée par le Bureau de la concurrence — Requête sollicitant l'autorisation d'interroger l'enquêteur-chef du Bureau de la concurrence ainsi qu'une ordonnance enjoignant au procureur général du Canada de communiquer des éléments de preuve obtenus dans le cadre de l'enquête — Objection fondée sur l'immunité de l'État — L'enquêteur-chef peut-il être contraint à un interrogatoire préalable en vertu des règles de procédure civile québécoises lorsque ni l'État ni l'enquêteur-chef ne sont parties au litige concerné? — Loi

**PROCÉDURE CIVILE — (Fin)**

sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, c. C-50, art. 27 — Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 17.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. THOUIN, 184.

Recours collectifs — Règlement — Administration — Recours collectifs intentés par des Autochtones ayant fréquenté des pensionnats réglés par une convention de règlement — Convention prévoyant un Processus d'évaluation indépendant pour les allégations graves d'abus — Demande faite à un juge surveillant par deux parties à la convention de règlement pour que celui-ci donne des directives sur le sort final des documents issus du Processus d'évaluation indépendant une fois qu'une décision a été rendue — Ces documents constituent-ils des documents judiciaires ou des documents fédéraux soumis aux lois fédérales en matière de protection des renseignements personnels, d'accès à l'information et d'archivage? — Le juge surveillant a-t-il commis une erreur en concluant que la convention de règlement autorisait la destruction de ceux-ci? — L'ordonnance du juge surveillant suivant laquelle ces documents doivent être détruits à l'expiration d'une période de conservation de 15 ans était-elle appropriée?

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. FONTAINE, 205.

---

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Arbitrage — Grieffs — Conventions collectives — Droits résiduels de la direction — Horaire de travail — Démarche axée sur la mise en balance des intérêts — Imposition unilatérale, par l'employeur, d'une directive obligeant les juristes à effectuer des quarts de garde après les heures normales de travail afin de pouvoir intervenir dans des affaires urgentes en matière d'immigration — Juristes n'étant plus rémunérés pour toute la période de garde, mais uniquement pour les heures effectivement travaillées sur des demandes urgentes — La directive en matière de quarts de garde obligatoires constitue-t-elle un exercice raisonnable et équitable des droits de la direction de l'employeur prévus dans la convention collective? — L'appréciation par l'arbitre de grief des divers intérêts en jeu et sa mise balance finale de ceux-ci étaient-elles raisonnables?

ASSOCIATION DES JURISTES DE JUSTICE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 456.

---

## RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

Obligation de diligence — Négligence — Déclaration inexacte faite par négligence — Défaut du vérificateur de découvrir la fraude des administrateurs d'une société et pertes subies par la société — Application correcte du cadre d'analyse permettant d'établir la responsabilité délictuelle dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente d'un service par un vérificateur — Le vérificateur a-t-il manqué à l'obligation de diligence et est-il en conséquence responsable des pertes de la société? — Date à compter de laquelle il convient de calculer le montant des dommages-intérêts.

DELOITTE & TOUCHE C. LIVENT INC. (SÉQUESTRE DE),  
855.

---

## SUCCESSIONS

Testaments — Biens — Equity — Préclusion propriétaire — Recours — Demandeur se fiant, à son préjudice, à des promesses faites par une cobénéficiaire de la succession de leur mère de lui transférer son intérêt de cobénéficiaire dans un bien — La juge de première instance a-t-elle conclu à tort que la préclusion propriétaire permettait de faire respecter la promesse de la promettante? — La preuve étaye-t-elle la conclusion de la juge de première instance selon laquelle les éléments de la préclusion propriétaire sont réunis? — La demande en equity du demandeur doit-elle échouer parce que la promettante ne détenait aucun intérêt dans le bien au moment de la promesse? — Quelle réparation convient-il d'accorder?

COWPER-SMITH C. MORGAN, 754.

---

## TRIBUNAUX

Compétence — Procès — Procédure — Réunion d'accusations — Accusé jugé lors d'un procès unique pour des infractions provinciales et des infractions criminelles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire découlant de mêmes événements — Le juge de la cour provinciale de l'Ontario avait-il compétence pour instruire un procès conjoint et, sinon, peut-il être remédié à cette erreur par l'application de dispositions réparatrices?

R. C. SCIASCIA, 539.

---

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rqs@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rqs@scc-csc.ca